3 1761 09492601 1

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

TOME TROISIÈME

Chaque exemplaire doit porter la griffe de l'auteur et celle d'un des administrateurs délégués.

CHARTRES. — IMP. DURAND, RUE FULBERT.

Law
For
P7124t

TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

CONFORME AU PROGRAMME OFFICIEL DES FACULTÉS DE DROIT

PAR

MARCEL PLANIOL

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

SEPTIÈME ÉDITION

TOME TROISIÈME

Régimes matrimoniaux
Successions
Donations et testaments

396686
1.10.41

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT (5e ARRt)

1918

Tous droits réservés.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

PLAN DE L'OUVRAGE

Pages.

Préface VII

Index bibliographique X

Abréviations et observations XII

Avis aux étudiants 1

Les régimes matrimoniaux 3

Généralités. — Notions préliminaires, p. 3. Principaux régimes, p. 4. Régime légal, p. 7.

Contrat de mariage. — Capacité, p. 9. Liberté des conventions, p. 14. Forme et publicité, p. 19. Immutabilité, p. 23. Contre-lettre, p. 27. Caducité, p. 32. Nullité, p. 34.

Théorie de la dot. — Définition et caractère, p. 39. Constitution, p. 42. Paiement et garantie, p. 44. Rapport de la dot, p. 48. Action Paulienne, p. 51.

Communauté. — Histoire, p. 54. Caractères, p. 59. Actif commun sous le régime légal, p. 64. Remploi, p. 77. Clauses modificatives de l'actif, p. 91. Communauté d'acquêts, p. 98. Administration de la communauté, p. 102. Administration des propres, p. 115. Passif, p. 123. Dissolution, p. 152. Option de la femme, p. 171. Effets de l'acceptation, p. 177. Théorie des récompenses, p. 183. Partage de l'actif, p. 201. Règlement du passif, p. 212. Bénéfice d'émolument, p. 218. Effets de la renonciation, p. 224. Protection des enfants du premier lit, p. 230.

Régime sans communauté, p. 238.

Régime de séparation de biens, p. 241.

Régime dotal. — Notions historiques et critiques, p. 254. Soumission au régime, p. 259. Biens dotaux, p. 261. Pouvoirs du mari, p. 269. Inaliénabilité, p. 276. Dot mobilière, p. 299. Insaisissabilité, p. 304. Séparation de biens, p. 314. Biens paraphernaux, p. 326. Société d'acquêts, p. 334.

Les successions 339

Notions préliminaires. — Définition et ouverture, p. 339. Funérailles, p. 342.

Conditions pour succéder. — Généralités, p. 347. Enfant non encore conçu, p. 349. Comourants, p. 349. Indignité, p. 355. Représentation successorale, p. 361.

Classes d'héritiers. — Parents légitimes, p. 369. Parents naturels, p. 379. Conjoint survivant, p. 391. Successions anomales, p. 399. Déshérence, p. 410.

Transmission de l'hérédité. — Saisine, p. 411. Envoi en possession, p. 418.

Option de l'héritier. — Règles générales, p. 421. Acceptation pure et simple, p. 434. Acceptation bénéficiaire, p. 441. Renonciation, p. 445. Successions vacantes, p. 448.

Pages

Relations de l'héritier avec les tiers. — Pétition d'hérédité, p. 451. Paiement des dettes et charges, p. 456. Effets du bénéfice d'inventaire, p. 470. Séparation des patrimoines, p. 491.

Relations des héritiers entre eux. — Rapport des dons et legs, p. 503. Rapport des dettes, p. 532. Partage, p. 537. Retrait successoral, p. 581.

Appendice. — Dévolution des biens d'un absent, p. 585.

Les donations et les testaments 595

Théorie générale. — Préliminaires, p. 595.

1° *Donations*. Formes, p. 606. Acceptation, p. 624. Effets, p. 629. Irrévocabilité, p. 633. Retour conventionnel, p. 642. Causes de révocation, p. 647.

2° *Testaments*. Formes, p. 662. Dispositions testamentaires, p. 676. Legs universels, p. 684. Legs à titre universel, p. 693. Legs particuliers, p. 698. Exécuteurs testamentaires, p. 710. Révocation et caducité des legs, p. 715. Théorie de l'accroissement, p. 722.

3° *Règles communes aux donations et aux testaments*. Insanité d'esprit, p. 726. Vices du consentement, p. 729. Capacité de disposer et de recevoir, p. 732. Personnes incapables d'accepter sans autorisation, p. 748. Incapacités relatives de disposer et de recevoir, p. 753. Fraudes et présomptions légales, p. 765. Libéralités faites aux pauvres, p. 770. Libéralités avec charges, p. 776. Conditions illicites ou immorales, p. 785. Réserve et quotité disponible, p. 791. Réduction des libéralités, p. 808.

Variétés particulières. — Donations aux futurs époux par contrat de mariage, p. 831. Donations entre époux, p. 846. Quotité disponible entre époux, p. 855. Substitutions prohibées, p. 870. Substitutions permises, p. 885. Fondations, p. 894. Partages d'ascendant. p. 904.

Additions 920

Tables 921

Table alphabétique des matières, p. 921.

Table des textes, p. 947.

PRÉFACE

La question des programmes. — Un arrêté du ministre de l'Instruction publique, du 24 juillet 1895, avait adopté pour l'enseignement du droit civil un programme établi sur des bases toutes nouvelles. Au lieu de suivre l'ordre du Code Napoléon, comme on l'avait fait depuis 1804, les professeurs chargés de cet enseignement étaient invités à y apporter plus d'initiative personnelle ; et, pour y parvenir, les matières comprises dans les trois examens de licence étaient l'objet de modifications considérables, car les cours des Facultés sont nécessairement la préparation aux examens, et le choix des matières sur lesquelles les examinateurs doivent interroger les candidats influe directement sur l'enseignement ; par un enchaînement inévitable, le programme des examens devient le programme des cours.

L'arrêté de 1895 avait été pris sous l'influence exclusive de M. Bufnoir, professeur à la Faculté de Paris, alors à l'apogée de sa réputation. Ce maître éminent avait voulu donner au droit civil une méthode nouvelle et un plan plus scientifique. Malgré les efforts de toute une partie du corps enseignant, principalement des professeurs les plus jeunes, c'est-à-dire de ceux qui avaient suivi dès leurs premières études la direction de M. Bufnoir et qui représentaient dans les Facultés la tendance moderne, une réaction s'est faite, et nous assistons à un retour en arrière, que ses partisans considérent en général comme une première étape, et qu'il espèrent transformer plus ou moins prochainement en un rétablissement complet des anciens programmes.

En apparence, l'œuvre accomplie en 1895 existe encore dans ses grandes lignes, puisque les deux matières des *Contrats spéciaux* (art. 1582 à 2091) et des *Hypothèques* (art. 2092 à 2203), que l'on étudiait jadis en troisième année, restent en seconde année, là où M. Bufnoir les avait introduites, pour constituer un ensemble homogène avec la *théorie générale des obligations,* qui y a figuré de tout temps. Par voie de conséquence, les deux matières des *Successions* et des *Donations* (art. 718 à 1100), qui primitivement se trouvaient en seconde année, restent en troisième année, où M. Bufnoir les avait reportées avec raison, car ces matières supposent déjà

connues des étudiants, par leurs études antérieures, les trois théories de la *Famille*, des *Obligations* et des *Biens*.

Malgré cela, le régime nouveau a complètement abandonné l'idée maîtresse du programme de 1895, qui était d'alléger la première année, afin de laisser au professeur de droit civil le temps nécessaire pour initier ses élèves à une science qui les déroute toujours par son premier aspect et par son langage spécial. Peut-être y avait-il eu excès dans ce sens, et la première année avait été par trop vidée. Mais le nouveau programme l'a surchargée : non seulement le professeur n'a plus le temps de donner à son auditoire les idées préliminaires et les notions générales sur le droit, qui seules permettent de comprendre les détails techniques qu'exige un exposé sérieux de nos lois civiles, mais il n'a pas même le temps de leur expliquer d'une façon suffisante les matières spéciales dont on a surchargé le programme de la première année. L'inconvénient est pire qu'avant, car, sous l'empire du programme de 1895, c'était la troisième année qui se trouvait surchargée ; mais un auditoire qui touche à la fin du cycle de la licence est déjà apte à comprendre à demi-mot son professeur et à suivre un exposé rapide des parties secondaires, dans lequel on peut omettre les détails de pure réglementation, tandis que les débutants de la première année risquent d'être submergés sous l'amoncellement des textes et des idées.

Pour ma part, je regrette qu'on ait abandonné le système introduit en 1895, et j'espère qu'avec le temps, quand des générations nouvelles, élevées sous d'autres influences, nous auront remplacés, on reconnaîtra que ce système était préférable et qu'on y reviendra. Depuis un certain nombre d'années, un travail fécond s'opère dans les esprits, et si ce n'est ici le lieu d'aborder et d'exposer dans leur ensemble les questions de méthode si importantes pour l'enseignement du droit, je puis du moins renvoyer le lecteur aux remarquables études qui ont été faites récemment sur ce sujet, notamment aux travaux de MM. Gény[1], Lambert[2], et Capitant[3].

Le programme de 1904 a été adopté comme une transaction entre les deux tendances qui se partagent actuellement les Facultés de droit, parce qu'il a été reconnu que parmi les professeurs de droit civil, le nombre des partisans de l'arrêté de 1895 et celui de ses adversaires s'équilibrent à peu près.

Arrêté ministériel de 1904. — Il n'est peut-être pas inutile de reproduire ici le texte de l'arrêté du 20 juillet 1904 :

Art. 1er. Les dispositions du Code civil concernant la nationalité et la

[1] François Gény, professeur à l'Université de Dijon, puis à celle de Nancy, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, 1899, 1 vol. in-8.

[2] Edouard Lambert, professeur à l'Université de Lyon, *Etudes de droit commun législatif*, t. 1er, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, 1 vol. in-8. Voir l'*Introduction* au t. 1er.

[3] Henri Capitant, professeur à l'Université de Grenoble, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e édition, 1 vol. in-8°, Paris, 1904. Voir l'*Introduction* au t. 1er du présent traité.

condition des étrangers en France sont détachées de l'enseignement du droit civil et comprises dans l'enseignement du droit international privé.

Art. 2. Les matières de droit civil sont réparties entre les examens des trois années de licence de la manière suivante :

Première année : Code civil, titre préliminaire ; livre Ier (moins le titre Ier et le titre IV) ; livre II en entier ; livre III, dispositions générales ; art. 1138 à 1141 ; art. 939 à 942 ; loi du 23 mars 1855, art. 1 à 3 ; titre XX (pour les textes relatifs à la prescription acquisitive).

Deuxième année : Code civil, livre III, titres III et IV (théorie générale des obligations) : titres VI à XIX (contrats spéciaux, sûretés personnelles et sûretés réelles) ; titre XX (pour les textes relatifs à la prescription libératoire).

Troisième année : Code civil, livre Ier, titre IV ; livre III, titre Ier, titre II, titre V, auquel on rattachera une étude complémentaire de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Art. 3. Chaque professeur demeure libre de distribuer les matières de son enseignement, soit dans chaque année, soit dans l'ensemble des trois années, suivant le plan et la méthode qui lui paraîtront préférables, en tenant seulement compte de la nécessité pour les étudiants, d'être préparés, à l'époque de chaque examen, sur les matières qui y sont comprises.

Art. 4. Les dispositions du présent arrêté sont applicables à partir du 1er novembre 1904 pour les élèves qui entreront à cette date en première année.

Les élèves inscrits avant le 1er novembre 1904 continueront leurs études de droit civil conformément au programme fixé par l'arrêté du 24 juillet 1895

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

des ouvrages les plus utiles ou les plus souvent cités.

ACCARIAS. *Précis de droit romain*, 2 vol. in-8°. Quatrième édition, 1886-1891.

ALEXANDRESCO. *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, Paris et Bucarest, 1898.

ARGENTRÉ (BERTRAND D'). Œuvres complètes, comprenant des commentaires sur la coutume de Bretagne (rédaction de 1539) et des traités spéciaux. Éditions diverses de 1608, 1614, 1621, 1646, sous le titre de *Commentarii in patrias Britonum leges*.

AUBRY et RAU. *Cours de droit civil français*, en 8 vol. in-8°. La quatrième édition a paru de 1869 à 1878. Une cinquième édition est en cours de publication.

BARRE (ERNEST). *Le code civil allemand et le code civil français comparés entre eux*. 2e édit. Traduction française par Jacques Hartmann. Berlin et Paris, 1899.

BEAUMANOIR. *Coutumes de Beauvaisis*, 2 vol. in-8°. Éd. Beugnot, 1842; édit. Salmon, 1899-1900.

BÉQUET et LAFERRIÈRE. *Répertoire de droit administratif*, 1882-1912, 28 vol. in-4°.

BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6e édit., 1910.

BIENVENU MARTIN. *Notes de jurisprudence*, 1892. Voy. REYNAUD.

BOISTEL. *Cours de philosophie du droit*, 2 vol. in-8°, Paris, 1899.

BOURDOT DE RICHEBOURG. *Coutumier général*, 1724. Huit tomes in-folio, souvent reliés en 4 volumes. Recueil presque complet des anciennes coutumes de France.

BOURJON. *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, 1747, 2 vol. in-f°.

BRISSAUD. *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, 1 vol. in-8°.

CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT. *Répertoire général alphabétique du droit français*, 37 vol. in-4°, de 1887 à 1906.

CAUWÈS. *Cours d'économie politique*, 3e édit., 1893, 4 vol. in-8°.

COLIN (MAURICE) et BAUDRY-LACANTINERIE. *Traité des donations entre vifs et testaments*, 3e édit., Paris, 1905, 2 vol. in-8°.

COLMET DE SANTERRE [DEMANTE et]. *Cours analytique de Code civil*, 9 vol. in-8°, 2e édit., 1881-1895 ; 3e édit., 1895-1896 (2 vol. parus).

DALLOZ. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, appelé aussi *Jurisprudence générale*, 44 vol. in-4°, 1844-1869. — *Supplément*, 19 vol. in-4°, 1887-1897.

DALLOZ. *Code des lois politiques et administratives*, 5 vol. in-4, 1887-1900.

DEMANTE. Voy. COLMET DE SANTERRE.

DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8°. Composé de traités séparés, dont plusieurs ont eu jusqu'à 8 éditions de 1845 à 1896.

DOMAT (JEAN). *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol. in-f°. Éditions nombreuses de 1639 à 1777.

DUCROCQ. *Cours de droit administratif*, 7e édit., 1897-1905, 7 vol. in-8°.

DUMOULIN. *Opera omnia*, 5 vol. in-8°. La dernière édition est de 1681.

ESMEIN. *Cours d'histoire du droit français*, 12e édit., 1911.

FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827-1828, 15 vol. in-8°.

FERRIÈRE (CLAUDE DE). *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2e édit. en 4 vol. in-f°, Paris, 1713.

FERRIÈRE. *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris* ; nouvelle édition par Sauvan d'Aramon, Paris, 1770, 2 vol. in-12.

FUZIER-HERMAN et DARRAS. *Code civil annoté*, 4 vol. in-4°, 1855-1898, *Supplément*, en 2 volumes.

GARSONNET. *Traité théorique et pratique de procédure*, 2e édit., 1898-1904, 8 vol. in-8°, Une troisième édition est en cours de publication.

GIRARD. *Manuel de droit romain*, 5e édit., 1911.

HUC. *Commentaire du Code civil*, 15 vol., 1892 à 1903.

HUC et ORSIER. *Code civil italien*. Traduction et commentaire, 2 vol., 1868.

LAMBERT (ÉDOUARD). *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895 (Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris, concours de doctorat).

LAURENT. *Principes du droit civil français* (ouvrage belge), 33 vol. in-8°. Un supplément, en 8 vol. (1898-1903) complète l'ouvrage.

LAURENT. *Avant-projet de revision du Code civil*, 6 vol. in-4°, Bruxelles, 1882-1885.

LAURIÈRE (EUSÈBE DE). *Textes des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1778, 3 vol. in-12.

LE COURTOIS et SURVILLE. *Traité du contrat de mariage*, 3e édit., 3 vol. in-8°, Paris, 1906.

LOCRÉ. *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*. Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes, 31 vol. in-8°, Paris, 1829-1832.

LOYSEL (ANTOINE). *Institutes coutumières*. Première édition en 1646. Annoté par Eusèbe de Laurière en 1710. Réimpressions en 1758, 1774 et 1783. Nouvelle édition par Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, 2 vol. in-12.

LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*. La première édition, parue en 1884, sous le titre de *Précis*, n'avait que 2 vol. Une quatrième édition, en 10 vol., est en cours de publication.

MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4e édit., 1812 à 1826, 17 vol. in-4°.

MERLIN. *Questions de droit* (Recueil alphabétique des — qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux). Quatre éditions de 1810 à 1830.

NOTES DE JURISPRUDENCE. Voy. REYNAUD,

PANDECTES FRANÇAISES. Recueil périodique d'arrêts, fondé en 1886, dirigé par MM. Weiss et Louis Lucas. Fusionné en 1908 avec le *Sirey*.

PILLET. *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.

POTHIER. *Œuvres*, annotées par M. Bugnet, 2e édit., Paris, 1861-1862.

REGNAULT (PIERRE). *Étude critique de la jurisprudence relative à la représentation de la dot par les paraphernaux*, thèse, Paris, 1894.

REYNAUD (JOSEPH). *Notes de jurisprudence du Conseil d'État*, de 1879 au 31 décembre 1897, Melun, Impr. administrative, 1899. Une première édition avait été donnée en 1892 par M. BIENVENU-MARTIN.

RODIÈRE et PONT. *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2e édit., Paris, 1865-1869, 3 vol. in-8°.

ROUSSILHE. *Traité de la dot*, 1785. Nouvelle édition par Sacase, Paris et Toulouse, 1856, 1 vol. in-8°.

SIMONET. *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 4e édit., 1902.

SIREY. *Recueil général des lois et des arrêts*. 1 vol. in-4° par an. La collection complète, étant épuisée, va être refondue en 20 volumes de 1791 à 1900.

TISSIER (THÉOD.). *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique*, 1896, 2 vol. in-8° (Extrait du *Répertoire de* BÉQUET).

VIOLLET (PAUL). *Histoire du droit civil français*, 3e édit., 1905.

WAHL (ALBERT) (BAUDRY-LACANTINERIE et). *Traité des successions*, 3e édition, Paris, 1905, 3 vol. in-8°.

WEISS (ANDRÉ). *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1892-1905, 5 vol. in-8°. Une seconde édition est en cours de publication.

ABRÉVIATIONS

A. C. . . Ancienne coutume. Rédaction d'une coutume qui a été ensuite réformée (Voy. N. C.).
Al. . . . Alinéa.
Ann. étr. . *Annuaire de législation étrangère,* publié par la Société de législation comparée. Voy. t. I, n° 132.
Arg. art. . Argument tiré de l'article.
Cass. . . Arrêt de la Cour de cassation.
Cbn.. . . Combinés.
C. . . . Code.
C. civ. . . Code civil. Cette abréviation se rapporte toujours au Code civil français; les codes étrangers sont toujours indiqués d'une manière spéciale.
C. com.. . Code de commerce.
C. I. crim.. Code d'instruction criminelle.
Comp. . . Comparez.
C. pén.. . Code pénal.
C. proc. civ. Code de procédure civile.
D. . . . Dalloz. Recueil périodique d'arrêts. Cette abréviation : D. 78. 1. 89, signifie : Dalloz, année 1878, première partie, p. 89. Voy. t. I, n° 115.
Décl. . . Déclaration du roi.
Décr. . . Décret.
Dig. . . . *Digeste.* Recueil de droit romain fait par ordre de Justinien au VIe siècle. Les citations se font ainsi : *Dig.* liv. X, tit. I, fr. 2, § 3. Les lettres fr. désignent les différents fragments ; le premier § de chacun d'eux, qui ne porte pas de numéro, s'appelle *principium* et se désigne par les lettres pr.
L. . . . Loi.
N. C. . . Nouvelle coutume (dernière rédaction d'une coutume).
P. . . . *Pandectes françaises.* Recueil périodique d'arrêts. Voy. t. I, n° 115.
Répert. . . *Répertoire alphabétique* de Dalloz. Voy. t. I, n° 121.
S. . . . Sirey. Recueil d'arrêts. Voy. t. I, n° 115. Pour le mode de citation, voy. ci dessus, D.
S. chr. . . *Sirey chronologique.* Réimpression des premières années de Sirey jusqu'à 1830, dans laquelle les arrêts importants ont seuls été conservés et mis par ordre chronologique.
Suppl. . . *Supplément* du Répertoire de Dalloz. Voy. t. I, n° 121.
T. . . . Tome.
T. A. C. . *Très ancienne coutume.* Rédaction primitive d'une coutume qui, comme celle de Bretagne, en a eu trois successives.
V°. . . . (Verbo) au mot.

OBSERVATIONS

Tout article cité sans indication spéciale est un article du Code civil.
L'astérisque simple * indique un passage à étudier spécialement en vue de l'examen.
Le double astérisque ** indique les points les plus importants.
Pothier est toujours cité d'après l'édition Bugnet ; Loysel, d'après l'édition Dupin et Laboulaye ; le Digeste, d'après l'édition Mommsen.

AVIS

Dans les premières éditions, ce volume comprenait, outre les matières qui le composent actuellement, trois théories importantes : le *mariage,* le *divorce* et la *séparation de corps,* parce que, d'après le programme de 1895, ces matières étaient comprises dans l'examen de troisième année. Elles ont été reportées en première année par l'arrêté ministériel du 20 juillet 1904.

Pour me conformer au nouveau programme, j'ai dû enlever du tome III le *Mariage,* le *Divorce* et la *Séparation de corps* pour les introduire dans le tome I ; j'ai néanmoins conservé l'ancien numérotage, ce qui fait commencer ce volume par le n° 762, afin de ne pas rendre inutiles les renvois qui avaient été faits à mon livre d'après les éditions précédentes et qu'on trouve un peu partout, dans les livres, dans les thèses, dans les revues et dans les recueils de jurisprudence.

PREMIÈRE PARTIE

LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

762. Bibliographie. — *Traités généraux.* — Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2e édit., 1865, 3 vol. in-8. — Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 3e édit., 1895, 4 vol. in-8. — Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3e édit., 1906, 3 vol. in-8. — On peut consulter aussi les traités plus anciens de Bellot des Minières (1826), Odier 1846), Troplong (1857).

Questions diverses. — Vidal, *Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, 1885. — P. Cauwès, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, 1894. — H. Basset, *Le rôle de la femme mariée dans la gestion des intérêts pécuniaires de l'association conjugale*, thèse, Paris, 1896. — Aftalion, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, thèse, Paris, 1899. — René Minard, *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse, Paris, 1901. — H. Coulon, *De la réforme du mariage, modifications aux régimes matrimoniaux*, 1900. — Thaller, *Le contrat de mariage et le régime normal des biens à établir entre époux* (*Réforme sociale*, 1er octobre 1901). — R. de la Grasserie, *De la critique et de la réforme du régime matrimonial* (*Réforme sociale*, 16 avril 1902). — R. Vivien, *De l'usage des contrats de mariage en Normandie*, thèse, Paris, 1909. — P. Guyot, *L'activité économique de la femme mariée*, thèse, Dijon, 1910.

Formules. — Michaux, *Traité pratique des contrats de mariage...*, 1869. — Defrénois, *Traité formulaire des contrats de mariage*, 1865. — Pour les modifications des formules du contrat de mariage rendues nécessaires par la loi du 13 juillet 1907, voir Dépinay, *Revue du notariat*, 1908, p. 222-224. Sur les hésitations du notariat, à raison de la même loi, voyez Guyot, thèse précitée, Dijon, 1910.

763. Observation. — On appelle parfois cette matière « Le contrat de mariage », parce que tels sont les premiers mots de l'intitulé de ce titre dans le Code civil, mais cette dénomination est mal choisie. En effet, le contrat de mariage n'est que l'acte qui règle le régime des biens entre époux et souvent il manque : la majorité des gens qui se marient ne fait point de contrat. Et cependant le régime matrimonial n'en existe pas moins ; seulement il est réglé par la loi.

Du reste, dans le Code civil, l'intitulé complet du titre V porte : « Du contrat de mariage *et des droits respectifs des époux* », ce qui est plus exact, car la loi règle à la fois la portée de leurs conventions et leurs droits en l'absence de convention.

***764. Objet des régimes matrimoniaux.** — Tout mariage fait naître en foule des questions intéressant les biens des époux [1]. Du mariage lui-même découlent des charges : il faut savoir par qui et dans quelle proportion ces charges seront supportées ? Quels seront les droits du mari sur les biens de sa femme ? Dans quelle mesure celle-ci conservera-t-elle l'administration et la jouissance personnelle de ses revenus ? Les époux acquerront des biens : à qui ces biens nouveaux appartiendront-ils ? Quels seront les droits de la veuve ? Quels seront les droits du mari survivant ? Pour résoudre toutes ces questions, une théorie spéciale s'est peu à peu formée, celle du *régime matrimonial,* qui a pris naissance en droit romain avec la pratique de la dot [2].

*** 765. Variété de régimes existant en France.** — A la rigueur on pourrait concevoir que toutes les questions à résoudre fussent réglées de la même façon pour tout le monde. Au point de vue pécuniaire, le mariage pourrait très bien produire des effets uniformes, puisqu'il en produit de tels pour la condition des personnes : la puissance maritale, la puissance paternelle ne varient pas d'un ménage à l'autre ; mais cette uniformité n'existe pas pour les biens. On remarque au contraire une très grande diversité. Il y a d'abord à cela une raison historique : la France a été le point de rencontre de races différentes, qui ont gardé longtemps des mœurs fort diverses. Jusqu'au Code civil, l'opposition a été tranchée entre le Midi et le Nord en matière de régime matrimonial.

Cette première raison ne suffirait pas à expliquer l'état actuel : il en résulterait tout au plus deux systèmes, l'un romain, l'autre germanique ; or il y en a bien plus de deux. Ceci est l'effet de la *liberté laissée aux particuliers.* Sur une matière où l'Église ne faisait pas intervenir l'autorité immuable du droit canonique, et à une époque où la législation civile était muette, les conventions privées ont pu se donner librement carrière.

*** 766. Principaux régimes.** — Malgré la liberté que la loi française laisse aux époux pour construire leur contrat de mariage selon leurs goûts et leurs intérêts, il existe un certain nombre de *formules-types,* qu'on appelle *régimes,* et dont les conventions individuelles ne sont que des applications ou des variantes.

[1] Ces questions ne se posent pas, en principe, pour les concubins. Cependant il y a pour eux plus d'un point à résoudre. Sur les *sociétés de fait* entre concubins, voyez Viriot, thèse, Paris, 1908, p. 292 et suiv. Voyez aussi Boyer, *Conséquences juridiques des états de faits entraînés par l'union libre,* thèse, Montpellier, 1908, et Hémard, *Des nullités de sociétés et des sociétés de fait,* n° 111.

[2] Très compliquée chez nous, cette théorie était beaucoup plus simple en droit romain. La femme *in manu* était assimilée à une *filia familias* et ne possédait rien en propre, ce qui supprimait tout régime matrimonial comme institution juridique distincte. La femme mariée sans « manus » restait capable et indépendante de son mari. L'origine du régime matrimonial est donc l'institution de la dot, qui créait des rapports obligatoires d'ordre pécuniaire entre mari et femme. Ces rapports se sont développés et compliqués sous l'influence germanique.

La loi française en reconnaît quatre : 1° la *communauté* ; 2° le *régime sans communauté* ; 3° la *séparation de biens* ; 4° le *régime dotal*.

Il est nécessaire d'en donner dès maintenant une idée sommaire, par l'indication de leurs traits caractéristiques, afin que le lecteur puisse comprendre les allusions qui seront faites à chacun d'eux.

*767. **Notion sommaire de la communauté.** — Ce régime est caractérisé par l'existence d'une *masse commune* qui se compose de *biens indivis,* appartenant aux deux époux par moitié en général, et qui doit régulièrement rester dans cet état d'indivision pendant toute la durée du mariage. C'est cette masse qu'on appelle la *communauté* ; elle fait l'objet d'une *société de biens*, d'un genre particulier, qui est propre aux époux.

Cette communauté peut comprendre, soit la totalité, soit seulement une partie des biens des époux ; ce dernier cas est le plus fréquent, les communautés universelles sont rares.

Les biens communs sont *administrés par le mari,* avec des *pouvoirs très étendus,* presque aussi grands que s'il en était seul propriétaire.

Les biens non compris dans la communauté sont appelés *propres*, et les propres de la femme sont administrés par le mari qui en perçoit les revenus au profit de la communauté.

*768. **Notion sommaire du régime sans communauté.** — Ce régime est soumis aux mêmes règles que le précédent, notamment pour la *capacité* de la femme, ainsi que pour l'administration et la jouissance de ses propres, attribuées l'une et l'autre au mari. Il n'y a de différence que dans l'absence de communauté : *il n'y a pas de biens communs* ; tous les biens des époux sont propres soit au mari, soit à la femme.

*769. **Notion sommaire de la séparation de biens.** — Comme le précédent, ce régime exclut l'existence d'une masse commune ; mais il en diffère : 1° par la *demi-capacité* que la femme conserve pour administrer ses biens ; 2° par la *libre disposition de ses revenus,* que la loi réserve à la femme, tandis que sous le régime sans communauté le mari en possède la jouissance.

*770. **Notion sommaire du régime dotal.** — Celui-ci, qui est le régime romain, est au fond un régime de séparation de biens. Ce qui lui vaut son nom, c'est la présence d'une *dot,* apportée par la femme au mari, et dont celui-ci acquiert tout au moins les revenus et parfois même la propriété. Les biens dotaux sont en principe *inaliénables* et *insaisissables*. Les biens non dotaux prennent le nom de *paraphernaux*.

*771. **Œuvre du Code civil.** — La Révolution, qui avait modifié la puissance paternelle, le mariage et les successions, n'avait pas touché au régime des biens entre époux : les régimes coutumiers restaient confinés dans le Nord ; le régime dotal dans le Midi. Quand le Premier Consul fit

préparer le projet définitif, la commission de rédaction eut à résoudre une importante question. Fallait-il opter entre le droit coutumier et le droit romain ? Et, si on le faisait, auquel fallait-il donner la préférence ? La commission fut d'avis de les conserver tous les deux et de laisser les particuliers libres de choisir.

Cette décision eut un résultat remarquable, qui est la *pénétration réciproque des deux régimes*. Leurs domaines ne sont plus séparés : le régime dotal peut depuis 1804 être établi à Paris et à Lille, et la communauté à Toulouse et à Marseille.

772. Répartition actuelle des régimes. — Pendant longtemps il a été impossible de savoir dans quelle mesure cette pénétration s'était réalisée. Une enquête entreprise en 1876 sur ce sujet dut être abandonnée, à cause de l'opposition passive des notaires et la question posée à nouveau en 1886, à la Sorbonne, au Congrès des Sociétés savantes des départements, resta encore sans réponse. Voyez toutefois, sur l'extension du régime dotal à Paris, le *Journal officiel* du 20 avril 1895, p. 2254 (Congrès des Sociétés savantes).

En 1898, l'administration de l'enregistrement fit dresser une statistique des contrats de mariage (*Bulletin de statistique*, février 1899, p. 141) et le congrès de droit comparé de 1900 entendit sur ce sujet un intéressant rapport de M. Adam, avoué à Yvetot, qui s'était livré à une enquête auprès des chambres de notaires (*Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 562). Il ressort de ces documents que les *cinq septièmes* environ des gens qui se marient se trouvent placés *sous le régime de la communauté légale* : sur 287 179 mariages célébrés en 1898, 82 346 seulement avaient été précédés d'un contrat de mariage. Quant aux régimes adoptés par des conventions expresses, on peut faire les observations suivantes : sur 82 346 contrats, 68 412 ont adopté les diverses variétés de la communauté, alors que le nombre des contrats de régime dotal atteignait seulement 10 112.

D'autre part, le régime dotal perd sans cesse du terrain dans la région qui était jadis son domaine propre et ses progrès sont à peu près nuls dans le reste du pays [1]. Il n'a plus la majorité que dans les ressorts de Montpellier, de Nîmes, d'Aix et de Bastia. Dans le ressort de Toulouse, sur près de 4 000 contrats relevés en 1898, 764 seulement ont adopté le régime dotal. Dans le ressort de Grenoble, on en compte 1 566 seulement sur 4 310 contrats ; dans celui de Riom, 1 829 sur 6 165 contrats. La région de Bordeaux ne pratique guère que la communauté d'acquêts : ce régime a été adopté 5 527 fois sur 5 561 contrats. Toutefois il est vraisemblable que les chiffres publiés ne donnent qu'une idée fausse du nombre réel des cas de régime dotal dans les départements du Centre et du Nord et principalement à Paris. Beaucoup de notaires ont l'habitude de commencer la rédaction du contrat en établissant la communauté d'acquêts ; les clauses d'où résulte la dotalité ne viennent qu'à la suite, et souvent sous une forme détournée qui peut empêcher de les reconnaître. Il y a donc lieu de craindre, jusqu'à plus ample informé, qu'un grand nombre de contrats instituant le régime dotal aient été attribués à la communauté d'acquêts. Peut-être aussi en est il de même dans la région du Midi, et en ce cas on ne peut faire usage d'une statistique mal faite.

Quant aux anciennes provinces coutumières, veut-on savoir ce qu'elles font du régime dotal ? Si on défalque la Normandie, où ce régime est relativement assez commun, bien qu'il représente moins d'un sixième des contrats [2], et Paris, où les stipulations plus ou

[1] Sur la disparition progressive du régime dotal, combattu par les notaires, voyez Bonnecase, *Revue trimestrielle*, 1911, p. 359.

[2] Sur 6 118 contrats, on compte 931 stipulations du régime dotal (ressorts de Caen et de Rouen réunis). — A voir : Ch. Alline, *De l'ancien régime matrimonial normand et de sa survivance dans la pratique notariale*, thèse, Caen, 1908.

moins complètes de dotalité se voient de temps à autre[1], on en trouve tout juste 34 exemples dans une région qui comprend les trois cinquièmes de la France[2]. Le régime dotal n'a rien gagné dans le Nord et il recule constamment dans le Midi. Voyez notamment les observations de M. Adam sur les régions de Valence, d'Aurillac et autres (*op. cit.*, p. 573) et sa conclusion (p. 577).

Laurent s'était donc fort exagéré le mouvement d'extension du régime dotal dans les pays coutumiers (Laurent, t. XXIII, p. 452 ; *Avant-projet de revision*, t. V, p. 176). Voir quelques renseignements sur la rareté de ce régime dans la région d'Arras, Douai et Gand, dans Viollet, *Précis*, p. 658 ; 2e édit., p. 771. Voir aussi Duverger, *Revue pratique*, t. XLIV, 1878, p. 295-296.

***773. Choix du régime légal.** — Une autre question encore se présenta lors de la confection du Code. Il fallut prévoir le cas fréquent des gens qui se marient sans faire de contrat de mariage et déterminer leur régime matrimonial. Les partisans des deux grands régimes, la communauté et le régime dotal, se retrouvèrent ici en présence.

Les partisans du régime dotal faisaient valoir en sa faveur la nécessité de protéger la femme contre le mari, qui pouvait trop facilement la ruiner en obtenant son consentement pour aliéner son bien ou pour l'hypothéquer. Contre la communauté, ils représentaient qu'elle est injuste pour le mari, parce que c'est lui qui l'enrichit par son travail et que la femme acquiert la moitié de ses gains.

En faveur du régime coutumier, on répondait que la communauté est surtout le régime des ménages pauvres, dans lesquels la femme travaille autant que le mari. Même dans les classes riches ou aisées, la femme *conserve* ce que le mari *gagne*. On ajoutait que la loi des successions ne donnait à la femme qu'un rang très éloigné et qu'il était juste que le régime matrimonial compensât cette situation. Enfin l'habitude de joindre une *société d'acquêts* au régime dotal, qui commençait à se répandre dans le Midi, fut présentée comme une indication du sentiment public en faveur de la communauté. D'autre part, on reprochait au régime dotal d'apporter des *entraves au commerce* par l'inaliénabilité qu'il établit et de rendre possibles des *fraudes contre les tiers*, auxquels la femme vend ou hypothèque son immeuble dotal pour demander ensuite la nullité de l'aliénation et de l'hypothèque.

Ce fut la communauté qui l'emporta. D'après l'art. 1400, à défaut de contrat de mariage, les époux sont *communs en biens*, et le détail de leur communauté est réglé par la loi[3]. Cette communauté, qui existe à défaut de

[1] Et encore on ne trouve que 63 cas de régime dotal pur sur 8 653 contrats passés en 1898, à peine 1 sur 137 ! Il est évident que la proportion des Méridionaux habitant Paris est bien supérieure à ce chiffre. Ils perdent donc leurs traditions locales, quand ils se déplacent. Mais l'erreur des statistiques est certaine. Voyez ce qui est dit au texte.

[2] Il est représenté dans tous les ressorts, mais presque partout à dose infinitésimale : 1 cas dans les ressorts de Douai et d'Angers, 2 dans ceux de Poitiers et de Bourges, 3 dans ceux de Nancy et de Besançon.

[3] Le régime de communauté, tel qu'il est réglé par la loi, ne répond guère aux habi-

contrat, est ce qu'on appelle le *régime légal*. Quand il existe un contrat, on se trouve en présence d'un régime matrimonial *conventionnel*.

* **774. Cas d'application du régime légal.** — On verra plus loin (nos 840 et 841) que ce régime a lieu lorsque les parties ont fait un contrat de mariage et que ce contrat de mariage est ensuite annulé. Mais il a lieu aussi, et c'est là son application normale, pour toutes les personnes qui n'ont pas fait de contrat du tout. De graves difficultés se sont élevées pour le cas où des *étrangers résidant en France* s'y marient sans contrat, et la même question se pose pour les *Français qui résident à l'étranger* ; car la loi n'a statué que pour les Français habitant le territoire qu'elle régit. Comme ces difficultés appartiennent au droit international, nous n'en dirons que quelques mots. On écarte l'idée d'une adoption tacite, et en quelque sorte obligatoire, du régime français de la communauté ; l'intention des parties doit être recherchée, et un des indices les plus sûrs de leur volonté à cet égard est la situation du lieu où les époux entendaient fixer leur domicile après le mariage. Voyez pour les Français mariés à l'étranger : Cass., 9 mars 1891, D. 91. 1. 459, S. 93. 1. 457 ; et pour les étrangers mariés en France : Paris, 24 mai 1895, D. 96. 2. 53, S. 96. 2. 154 ; Paris, 26 juill. 1910, D. 1912. 2. 25.

Toutefois il faut désormais tenir compte de la convention de La Haye, du 17 juillet 1905, promulguée en France par un décret du 23 août 1912. Sur cette convention, voyez les observations de M. Bartin dans le *cours* de MM. Aubry et Rau, 7e édition, t. V, §§ 504 *bis* et 504 *ter*.

775. Système allemand. — Jusqu'en 1900, le régime des biens entre époux présentait en Allemagne une diversité extrême. Sous le nom de *communauté d'administration* (Verwaltungsgemeinschaft), le nouveau Code a adopté un régime analogue à notre régime sans communauté et qui est emprunté aux lois prussiennes et au Code saxon. Le mari a tous les revenus, sauf déduction de ce que la femme gagne par son travail ; la femme conserve sa capacité, et son indépendance est assurée par le Vorbehaltsgut (bien réservé) légal ou conventionnel (art. 1363 et suiv.). Comp. Meulenaere, *Code civil allemand*, p. 370. — Barre, *Le Code civil allemand et le Code civil français, comparés*, § 136. — Edmond de Biéville, *Le régime matrimonial du Code civil allemand*, Paris, 1899. — Saleilles, *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand* (*Réforme sociale*, 16 nov. 1901). — Gény, *Contribution à l'étude de la question des biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand* (Société d'études législatives, t. I, p. 155 et 304). — Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris. 1903. — Voyez aussi Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 2e édit., t. III, no 1460.

---

tudes modernes et aux désirs de la plupart des ménages. Voyez ci-dessous, no 992. Sur la possibilité d'adopter la communauté d'acquêts, comme régime de droit commun, voyez Albert Tissier, *Revue Bourguignonne*, 1901, no 1. Enfin la loi du 13 juillet 1907 (ci-dessous, nos 911 et 1045), qui a rompu l'équilibre au profit de la femme, rend désirable l'établissement de la séparation de biens comme régime légal. Voyez aussi J. Bonnecase, *La réforme du régime de la communauté légale* (*Revue trimestrielle*, 1911), et L. Meunier, ancien notaire, *De la réforme du régime matrimonial légal*, thèse, Paris, 1912.

CHAPITRE II

LE CONTRAT DE MARIAGE

***776. Définition.** — On appelle « contrat de mariage » la convention par laquelle les époux constatent leurs conventions pécuniaires et règlent eux-mêmes leur régime matrimonial.

777. Origine. — L'habitude de faire un contrat de mariage est relativement récente. Les Romains n'en faisaient pas ; leur régime matrimonial n'était pas conventionnel, il était légal. Ils constataient seulement l'apport de la dot et réglaient les conditions de sa restitution, au moyen de l'*instrumentum dotale*.

Il en était à peu près de même au moyen âge. On trouve bien dans les archives anciennes un assez grand nombre d'actes appelés « contrats de mariage », mais, ce sont des *promesses de mariage*, avec *stipulation d'une dot*. Aussi toutes nos anciennes coutumes françaises ne supposent jamais que les particuliers aient l'habitude d'établir par contrat leur régime matrimonial : tout était réglé par la coutume.

Ce fut seulement au XVIIe siècle, quand on se trouva en possession de coutumes écrites, officielles, que les jurisconsultes commentaient, qu'on eut l'idée de modifier par des règles conventionnelles le statut local, aussitôt que ses dispositions devinrent incommodes ou trop étroites. On vit alors les praticiens inventer des clauses qui modifiaient le régime traditionnel de la communauté, et comme ces clauses parurent avantageuses et qu'elles constituaient un réel progrès, l'usage se répandit de faire un contrat de mariage pour en profiter.

***778. Utilité actuelle.** — L'apparition du Code civil donna au contrat de mariage une importance encore plus grande que celle qu'il avait eue dans le passé, puisque les époux eurent à choisir entre des régimes plus nombreux et plus éloignés les uns des autres. De plus, dans les régions où la communauté n'était pas pratiquée (départements du Midi et Normandie), la population se trouvait en quelque sorte mise en demeure de faire un contrat, si elle voulait éviter ce régime contraire à ses habitudes : faute de conventions contraires, elle devait le subir à titre de régime légal. Aussi est-ce surtout dans ces régions que les contrats de mariage sont nombreux. Ailleurs, il n'y a guère que les gens ayant une fortune de quelque importance qui se décident à en faire les frais.

Toutefois le nombre des contrats de mariage diminue : de 110 397 en 1882, il est tombé progressivement à 76 528 en 1907, tandis que le nombre des mariages sans contrat s'élevait dans le même temps de 170 603 à 238 472. (*Annuaire statistique de la France*, 1907).

§ 1. — *Des parties, de leur présence et de leur capacité.*

****779. Distinction.** — Sont parties dans un contrat de mariage :

1° Les futurs ;

2° Les personnes, parentes ou non, qui interviennent pour les autoriser ou pour leur faire des libéralités.

Les futurs époux sont les seuls pour lesquels il y ait des particularités à signaler, soit pour leur présence, soit pour leur capacité.

A. — Présence des futurs époux.

***780. Comparution par mandataire.** — Pour le mariage, il leur est impossible de se faire représenter par des mandataires ; ils doivent comparaître en personne. Pour le contrat de mariage, il leur est permis d'employer un mandataire, pourvu que celui-ci soit porteur d'une procuration *authentique* et *spéciale,* c'est-à-dire contenant en détail les clauses du contrat à signer.

781. Contrat signé par un porte-fort. — Tout contrat de mariage est nul s'il est reçu en l'absence des époux ou de leurs représentants munis de pouvoirs réguliers, alors même que leurs parents se seraient portés forts pour eux. Un pareil contrat n'a aucune existence ; il ne peut être ratifié ou confirmé ni expressément, ni tacitement, et toute personne intéressée peut à toute époque en faire constater la nullité. Ces contrats passés entre les parents seuls, et sans le concours de leurs enfants, étaient dans le Midi de la France d'un usage immémorial sous le nom de *contrats de fiançailles*, et les Cours d'appel du Midi et la Cour de cassation ont été souvent appelées à en prononcer la nullité (voyez la liste d'arrêts donnée dans Dalloz, *Table de vingt-deux ans,* v° Contrat de mariage, n° 21, et spécialement Cass., 11 juill. 1853, D. 53. 1. 281, S. 54. 1. 49 ; Cass., 6 avril 1858, D. 58. 1. 224, S. 59. 1. 17 ; Cass., 10 avril 1866, D. 66. 1. 350, S. 66. 1. 190). La difficulté principale était de savoir si ces contrats, qui étaient atteints d'une nullité radicale, pouvaient être ratifiés, et à quelle époque et sous quelle forme cette ratification pouvait se faire. La Cour de cassation écartait toute possibilité de ratification (Cass., 6 nov. 1895, D. 97. 1. 25 ; Nîmes, 13 janv. 1897, D. 97. 2. 128 et la note de M. Sarrut). Du reste, cette habitude paraît s'être perdue.

B. — Capacité nécessaire.

***782. Distinction.** — Une double capacité doit être envisagée : 1° la *capacité de se marier* ; 2° la *capacité de contracter.*

1° Capacité de se marier.

***783. Comment la question se pose.** — Faut-il que les époux aient déjà, au moment où ils font leur contrat de mariage, la capacité de se marier ? La question ne se présente pas quand l'obstacle qui empêche leur mariage est perpétuel, car à aucune époque leur contrat de mariage ne trouvera l'occasion de s'appliquer. Mais si cet obstacle est de nature à disparaître avec le temps, et si le contrat de mariage est rédigé trop-tôt, à un moment où le mariage ne serait pas encore possible, sera-t-il nul lui-même ?

* **784. Solution.** — La loi a prévu un cas, le défaut d'âge de l'un des époux, que l'on suppose encore mineur, et l'art. 1398 dit : « Le mineur, *habile à contracter mariage...* » Il faut donc que le mineur ait déjà l'âge requis pour le mariage (15 ans révolus pour la femme, 18 ans pour l'homme) au moment où le contrat est dressé, ou qu'il ait déjà obtenu une dispense d'âge. Fait plus tôt, le contrat de mariage serait nul.

Pour tous les autres cas d'empêchements temporaires, il n'existe aucun texte. On doit admettre la validité du contrat fait par anticipation précisément parce qu'aucun texte ne l'annule. La jurisprudence a statué en ce sens pour les beau-frère et belle-sœur, qui font leur contrat de mariage en attendant la dispense sollicitée par eux ; elle a même décidé ainsi dans un cas où cela pouvait sembler douteux : le contrat de mariage avait été rédigé avant la loi du 16 avril 1832, modifiant l'art. 164, c'est-à-dire à une époque où aucun mariage de ce genre n'était encore possible (Paris, 9 févr. 1860, D. 60. 2. 73). On admet aussi en Belgique que le contrat de mariage peut être rédigé avant l'expiration du délai de trois ans imposé aux époux divorcés.

2° Capacité de contracter.

a. — *Mineur.*

** **785. Règle traditionnelle.** — A cet égard, la loi a statué par un texte formel, l'art. 1398 : pour faire son contrat de mariage, le mineur doit remplir les mêmes conditions que pour son mariage. C'est l'application d'une ancienne maxime : « Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia[1] », qui signifie que les conditions de capacité sont les mêmes pour les deux contrats, mariage et contrat de mariage.

* **786. Personnes devant assister le mineur.** — Incapable de contracter seul, le mineur a besoin d'être assisté, et pour obéir à l'art. 1398, il doit l'être dans son contrat de mariage par les mêmes personnes qui l'assisteront à son mariage. Ces personnes sont : 1° ses père et mère ; 2° à leur défaut, ses autres ascendants ; 3° à défaut d'ascendants, son conseil de famille (art. 148 et suiv.).

Quand un mineur se marie n'ayant plus comme ascendants que son aïeul et son aïeule maternels, il peut faire valablement son contrat de mariage avec la seule assistance de son aïeul, dont le consentement suffirait à permettre le mariage en cas de dissentiment entre lui et sa femme (Alger, 24 oct. 1888, D. 90. 2. 105, S. 92. 2. 310). Une solution analogue devrait être donnée dans tous les cas où il y aurait deux ascendants, dont l'un pourrait autoriser le mariage malgré l'opposition de l'autre ; par exemple le contrat de mariage serait valable fait avec la seule assistance du père, la mère étant vivante, ou avec l'ascendant qui représente l'une des deux lignes, les ascendants de l'autre ligne n'ayant pas été consultés.

* **787. Dérogations au droit commun.** — D'après le droit commun,

[1] Sur cette règle, voyez BRODEAU sur LOUET, lettre M, n° IX.

le mineur n'agit pas lui-même ; il est *représenté* par son père, administrateur légal, ou par son tuteur (art. 450), et lui-même ne parle jamais à l'acte. Voyez t. I, nos 1847 à 1850. Dans son contrat de mariage, c'est *lui-même qui figure,* comme dans son mariage : il a paru indispensable d'avoir son consentement personnel dans un acte aussi grave, qui va le lier pour sa vie entière, et au moment même où il va se trouver émancipé.

De plus, ce n'est pas *son protecteur ordinaire,* tuteur ou curateur, qui l'assiste, mais bien *les personnes dont le consentement est requis pour son mariage.* Quelle en est la raison ? Ces personnes, ayant seules le droit de consentir au mariage, doivent nécessairement en fixer les conditions pécuniaires. Sans cela, le tuteur pourrait indirectement faire échouer un mariage qui lui déplairait, s'il était chargé de régler les conventions matrimoniales ; c'est souvent des clauses du contrat de mariage que dépend la réalisation du mariage projeté.

Il peut arriver que l'ascendant qui a la tutelle ou l'administration légale, soit aussi celui qui autorise le mariage, par exemple le père. Il importe de remarquer qu'il agit alors, non plus comme tuteur, mais comme ascendant investi de la puissance paternelle, et en voici la conséquence : c'est qu'il peut autoriser le mineur pour son contrat de mariage, quoiqu'il y ait opposition d'intérêts entre eux : l'art. 420 lui est inapplicable (Cass., 23 févr. 1869, D. 69. 1. 179, S. 79. 1. 193). Voyez toutefois, en sens contraire, la note de M. Labbé dans le *Sirey*. L'art. 420 s'appliquerait certainement, s'il s'agissait d'autoriser le mineur pour des conventions en réalité étrangères à son contrat de mariage (Cass., 10 déc. 1867, D. 67. 1. 475, S. 68. 1. 121).

* **788. En quoi consiste l'assistance.** — En principe, l'assistance exigée par l'art. 1398 suppose la présence réelle de l'ascendant, qui assiste au contrat et en discute les clauses. Selon Laurent (t. XXI, n° 24), ce serait même le seul mode régulier d'assistance. Il est cependant admis que le consentement peut être donné d'avance et par écrit, ou que l'ascendant peut se faire représenter par un fondé de pouvoirs, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, il précise avec soin les conventions qu'il entend approuver. L'assistance effective, telle que la voulait Laurent, serait même impraticable pour les mineurs qui n'ont pas d'ascendants : le conseil de famille ne peut pas se transporter tout entier chez le notaire, juge de paix en tête, pour discuter et signer le contrat. En pratique, il en approuve les termes d'avance, sur un projet communiqué par le notaire, et une expédition de sa délibération, relatant les clauses de ce projet, est transmise au notaire pour être jointe au contrat, à titre d'annexe. Il ne suffirait pas que le conseil de famille déléguât un de ses membres pour assister le mineur, sans préciser lui-même les conventions qu'il autorise (Cass., 15 nov. 1858, D. 58. 1. 439, S. 59. 1. 385 : Cass., 16 juin 1879, D. 80. 1. 415, S. 80. 1. 166).

* **789. Effet d'une autorisation régulière.** — Le mineur, ainsi habilité, peut consentir *comme s'il était majeur,* toutes les conventions dont

le contrat de mariage est susceptible[1]. Il peut donc faire une donation à son conjoint (art. 1095), ce qui est très remarquable, car d'après le droit commun un mineur ne peut donner entre vifs à qui que ce soit et si peu que ce soit (art. 903)[2].

Cependant cette capacité exceptionnelle du mineur n'est pas absolue : elle subit une restriction pour la future épouse, qui, lorsqu'elle est encore mineure, ne peut pas consentir la réduction de son hypothèque légale (art. 2140).

*790. **Effet du défaut d'autorisation.** — L'inobservation de la loi est sanctionnée par la nullité du contrat. Quelle est cette nullité ? est-elle relative ou absolue ? C'est un point sur lequel une grave dissidence existe entre la doctrine et la jurisprudence. Il sera examiné plus loin (nos 836-839).

b. — *Personnes pourvues d'un conseil judiciaire.*

*791. **Jurisprudence.** — Ces personnes sont incapables de faire seules certains actes énumérés dans les art. 499 et 513. Le mariage n'y figurant pas, il leur est permis de se marier librement. Peuvent-elles également faire leur contrat de mariage ? Le texte n'en dit rien. Si on leur applique l'ancienne maxime « *Habilis ad nuptias...* », par analogie avec l'art. 1398, la conséquence sera la liberté de faire leur contrat de mariage sans l'assistance de personne, et valablement. La Cour de cassation a admis deux fois cette solution (24 déc. 1856, D. 57. 1. 18, S. 57. 1. 245 ; 5 juin 1889, D. 90 1. 449, S. 89. 1. 413) ; mais, aux deux fois, les Cours d'appel devant lesquelles l'affaire fut renvoyée ont statué en sens contraire (Agen, 21 juill. 1857, D. 57. 2. 168, S. 58. 2. 530 ; Orléans, 11 déc. 1890, D. 91. 2. 362, S. 91. 2. 199) ; et il y avait d'autres arrêts semblables plus anciens (Bordeaux, 7 févr. 1855 ; Amiens, 21 juill. 1852 ; etc.). L'arrêt précité de la Cour d'Orléans ayant été attaqué à son tour, il est intervenu un arrêt des Chambres réunies (21 juin 1892, D. 92. 1. 369, S. 94. 1. 449), qui a donné raison aux Cours d'appel. On peut donc considérer le débat comme clos.

*792. **Doctrine.** — La doctrine presque entière s'est prononcée en faveur du système des Cours d'appel. Il y a en effet une excellente raison de distinguer entre le mineur et le prodigue. Comme le mineur a besoin d'être autorisé par sa famille pour se marier, la maxime « Habilis ad nuptias... » l'oblige à se faire également autoriser pour son contrat de mariage.

[1] Le droit moderne est sur ce point beaucoup plus large que notre ancien droit, qui n'autorisait le mineur à introduire dans son contrat que les conventions ordinaires, celles qui y étaient d'un usage courant, « pacta et renuntiationes quæ in talibus apponi solent », disait Dumoulin, et non pas les conventions exceptionnelles, comme la communauté universelle.

[2] La loi n'autorise de la part du mineur que les conventions constitutives des contrats de mariage. On ne peut profiter de cette capacité exceptionnelle du mineur pour échapper aux règles de la tutelle ou de l'administration légale, et pour lui faire consentir, sans l'autorisation de son conseil de famille, des conventions en réalité étrangères à son contrat de mariage (Cass., 10 déc. 1867, D. 67. 1. 475, S. 68. 1. 121 ; Limoges, 29 janv. 1879, D. 80. 2. 255, S. 79. 2. 232 ; Cass., 11 déc. 1882, D. 83. 1. 132).

tandis que le prodigue peut se marier seul, sans aucune assistance, de sorte que cette même maxime le laisserait sans protection pour l'acte pécuniaire le plus grave de tous, par son étendue et par sa durée.

* **793. Conséquences.** — D'après la jurisprudence des Cours d'appel, qui s'est toujours appliquée en fait, et qui est aujourd'hui sanctionnée par la Cour de cassation, la personne pourvue d'un conseil ne peut faire seule son contrat de mariage, mais elle peut se marier à son gré et sans contrat, ce qui la place sous le régime de la communauté légale (Paris, 13 juill. 1896, D. 96. 2. 302). Elle peut donc rédiger un contrat par lequel elle adopterait ce régime, ou en restreindrait les effets, par exemple en limitant la communauté aux acquêts ; mais l'assistance de son conseil lui deviendrait nécessaire pour toutes les clauses entraînant soit une aliénation, soit une obligation plus étendue que celles qui résultent du régime légal, par exemple une *donation* à son conjoint ou un *ameublissement* (Bordeaux, 5 févr. 1885, D. 56. 2. 250, S. 56. 2. 65).

c. — *Interdit.*

794. Silence des textes. — Si l'on admet que le mariage d'un interdit est possible dans un intervalle lucide (question étudiée t. I, n° 710), on doit se demander comment il faudra faire son contrat de mariage. La question se pose exactement dans les mêmes termes que pour le prodigue, et l'on doit écarter l'application de la maxime « Habilis ad nuptias... ». L'interdit ne fera donc pas son contrat de mariage, il sera représenté par son tuteur (art. 450 et 509).

Même solution pour le condamné en état d'interdiction légale.

§ 2. — *De la liberté des conventions matrimoniales.*

A. — Le principe.

** **795. Motif.** — Le principe est écrit dans l'art. 1387 ; les époux peuvent faire leurs conventions comment ils le jugent à propos[1]. Pothier disait : « C'est un principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions » (*Communauté, Introd.*, n° 1), et Berlier en a donné le motif dans la discussion du Code : « Les prohibitions pourraient avoir pour effet d'empêcher des mariages » (Fenet, t. XIII, p. 651). La loi veut donc faciliter le mariage en facilitant les conventions qui l'accompagnent :

[1] Sur un cas exceptionnel et unique dans lequel les époux sont privés de la liberté ordinaire par l'art. 295, al. 2, voyez t. I, n° 1287. — Pour l'époque antérieure au Code civil, voyez P. Ollier, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier*, thèse, Paris, 1902.

elle élargit pour elles les limites ordinaires. Cette disposition de l'art. 1387 se trouve reproduite et développée dans l'art. 1527.

* **796. Applications.** — Voici les principales clauses qui sont permises dans les contrats de mariage par faveur exceptionnelle :

1° Donations de biens a venir. — Interdites en droit commun comme constituant des pactes sur succession future, elles sont permises dans les contrats de mariage (art. 947, 1082 et 1084).

2° Donations potestatives. — Les conditions potestatives qui annulent les donations ordinaires sont tolérées dans les contrats de mariage (art. 1086), conformément à l'ancienne maxime : « Donner et retenir, *hors mariage*, ne vaut. »

3° Donations faites par un mineur. — (Art. 1095). Voyez ci-dessus, n° 789.

4° Communauté des biens a venir. — De droit commun, les associés ne peuvent mettre en commun que la *jouissance* de leurs biens à venir (art. 1837) ; les époux peuvent les faire entrer en communauté pour la pleine propriété.

5° Attribution a l'un des époux de la totalité des bénéfices. — Cette clause, prohibée dans les sociétés ordinaires (art. 1855), est permise dans la communauté (art. 1525).

6° Inaliénabilité dotale. — Cette clause est certainement la plus remarquable de toutes celles qui tendent à favoriser le mariage : la loi admet une inaliénabilité presque absolue des biens dotaux, alors qu'en toute autre circonstance elle cherche à assurer la libre disponibilité de la propriété.

B. — Restrictions diverses.

* **797. Clauses contraires aux bonnes mœurs.** — Cette grande liberté n'est cependant pas absolue : ce contrat, le plus favorisé et le plus libre de tous, subit encore des restrictions diverses. La première est énoncée en termes un peu vagues dans l'art. 1387 : la loi prohibe toute clause contraire aux bonnes mœurs, ce qui est une application particulière du principe déjà formulé dans l'art. 6. On ne signale pas d'exemple de clauses annulées pour cette raison dans la pratique.

Toutefois on pourrait rattacher à cette idée les doutes qui se sont élevés sur le point suivant : un époux peut-il, en faisant une donation à l'autre, stipuler que sa libéralité sera révoquée si le donataire, devenu veuf, se remarie? Quelques auteurs ont pensé que cette clause était illicite comme contraire à la liberté des mariages ; mais l'opinion générale et la pratique se sont prononcées pour sa validité. Elle est en effet dictée par un sentiment louable, qui est tantôt le désir de protéger les enfants, tantôt celui de conserver les biens aux membres de la famille. Le conjoint survivant n'est pas pour cela empêché de se remarier ; il reste libre de le faire, en perdant le profit des libéralités du défunt. Voyez ci-dessous, n° 3040.

* **798. Clauses portant atteinte à la puissance maritale.** — La puissance maritale est une des conséquences essentielles du mariage. Il ne

peut être permis aux gens qui se marient de la détruire ou de l'altérer par leurs conventions, et c'est ce que la loi leur défend expressément dans l'art. 1388. Du reste cela ne se fait jamais. Mais la puissance maritale a pour conséquence l'*incapacité de la femme,* et cette incapacité doit être comprise dans la prohibition établie par la loi. Or le contrat de mariage a inévitablement pour effet de fixer l'étendue de cette incapacité, qui dépend du régime adopté. Il importe donc de rechercher dans quelle mesure les époux peuvent la faire varier.

S'ils adoptent la communauté, la femme sera *complètement incapable* ; elle ne pourra faire valablement sans autorisation les actes les moins graves, ceux qui constituent la simple administration. S'ils choisissent la séparation de biens, elle conservera au contraire une *demi-capacité,* analogue à celle d'un mineur émancipé, qui lui servira à administrer elle-même sa fortune. Ils peuvent en outre aggraver l'incapacité de la femme en stipulant l'inaliénabilité de la dot, clause dont les effets sont expliqués plus loin.

Mais ces limites ne peuvent être franchies. La femme ne pourrait pas dépasser la capacité restreinte qui lui appartient quand elle est séparée de biens pour conserver une capacité entière, convenir qu'elle pourra aliéner ses immeubles ou emprunter sans autorisation. A l'inverse, la femme ne peut pas se rendre incapable sans remède, plus complètement que sous le régime normal, en s'interdisant de s'obliger même avec l'autorisation de son mari, de façon à pouvoir attaquer comme nuls les actes faits avec cette autorisation.

On a vu des exemples de clauses de ce genre. A Paris, des notaires avaient rédigé en ce sens des contrats de mariage et deux arrêts les ont validés (Paris, 17 nov. 1875, D. 77. 2. 89, S. 76. 2. 65 ; 6 déc. 1877, D. 78. 2. 81, S. 78. 2. 61). Cette espèce d'*incapacité contractuelle* (tel fut le nom qu'on lui donna) souleva une véritable émotion dans le monde juridique. M. Valette publia dans « Le Droit » des articles où il appelait cette jurisprudence « une innovation inouïe, qui rompait avec tous les textes et toutes les traditions antérieures, d'après lesquels nul ne peut disposer à son gré de son état » (*Mélanges,* t. II, p. 513 et suiv.). Le second de ces arrêts fut cassé (Cass., 22 déc. 1879, D. 80. 1. 112, S. 80. 1. 125) et la Cour a maintenu depuis lors sa décision (Cass., 13 mai 1885, D. 86. 1. 204, S. 85. 1. 312), si bien qu'on peut considérer cette doctrine hérétique comme définitivement condamnée. La Cour de Paris elle-même a abandonné sa première jurisprudence (Paris, 19 juin 1884, S. 84. 2. 193). Mais la pratique a eu un retour offensif sous une autre forme : elle a étendu l'inaliénabilité dotale à tous les régimes : cette inaliénabilité n'est pas la même chose que l'incapacité contractuelle. Il y a là une distinction délicate à faire, sur laquelle nous reviendrons plus loin (n° 804).

* **799. Clauses portant atteinte à la puissance paternelle.** —

C'est par erreur que le Code parle à ce propos de la « puissance *maritale* sur la personne des enfants » (art. 1388) ; il s'agit évidemment de la puissance *paternelle*. Les époux ne peuvent pas modifier ou supprimer les divers droits ou obligations qui découlent pour eux de leur puissance sur leurs enfants, tels que leurs droits d'éducation, de correction, etc. Voici la conséquence pratique la plus intéressante de cette prohibition. On considère en général comme nulle la convention d'élever les enfants dans telle ou telle religion, convention usitée surtout dans les mariages mixtes, entre personnes de religions différentes (Huc, t. III, n° 167) ; on estime qu'elle comporte une abdication illégale de la part du père, parce que c'est ordinairement la mère qui demande que les enfants soient élevés dans sa religion. L'opinion contraire, soutenue jadis par Rodière et Pont (*Contrat de mariage*, t. I, n° 63), me paraît plus équitable. Voyez l'examen de cette question, t. I, n° 1646.

* **800. Clauses contraires aux droits du mari comme chef.** — L'art. 1388 défend encore de déroger aux droits qui appartiennent au mari *comme chef*. Il ne s'agit plus ici de ses droits de puissance sur les personnes, car cela ferait double emploi avec ce que la loi vient de dire du mari comme *chef de famille*, mais de ses droits sur les biens comme *chef de la communauté*.

On ne peut donc pas enlever au mari la direction de la communauté ni amoindrir ses pouvoirs en exigeant le concours de la femme pour les actes d'aliénation, « étant contre la bienséance publique, disait Pothier, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, ne fût pas le chef de leur communauté de biens » (Introd., n° 4). Ainsi la femme ne peut pas se réserver le droit de consentir à l'aliénation des biens communs (Paris, 7 mai 1855, D. 56. 2. 257, S. 56. 2. 497)[1].

Mais les droits d'administration et de jouissance qui appartiennent au mari sur les biens propres de sa femme, ne sont pas essentiels au régime, car il y a des régimes sous lesquels le mari ne les a pas : la séparation de biens et le régime dotal pour les paraphernaux. Il est donc permis de les modifier, et la femme peut se réserver, sous un régime quelconque, le droit de percevoir certains revenus et d'en disposer.

801. Pactes successoires. — L'art. 1389 ne fait que rappeler et confirmer la prohibition générale qui frappe les conventions sur successions futures (art. 791, 1130 et 1600).

Anciennement la prohibition était levée pour les contrats de mariage, et les conventions sur successions futures y étaient nombreuses : substitutions pupillaires, règlement des parts des enfants dans la succession des parents, clauses d'affrérissement (assimilation des enfants du premier lit à ceux du second, tendant à détruire le *privilège du double*

[1] Il se produit depuis quelques années un très vif mouvement d'opinion contre les pouvoirs excessifs du mari sur la communauté. Voyez notamment les observations de M. Boistel, *Réforme sociale*, 1er janvier 1902, sur les *Limites à apporter aux pouvoirs du mari*. La *Société d'Études législatives* a mis ce sujet à l'étude et on peut espérer obtenir du Parlement une réforme sur ce point.

lien), etc. Une seule a survécu : l'*institution contractuelle*, qui sera expliquée à propos des successions et des donations.

802. Références aux anciennes coutumes. — Il est défendu d'adopter, sous forme de renvoi, un régime organisé par une coutume abrogée (art. 1390). La loi ne veut pas qu'on se réfère, *d'une manière générale*, à l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent Code (L. 30 ventôse an XII, art. 7). On a voulu éviter que la diversité des anciennes coutumes ne se maintînt dans l'usage par la force des traditions, mais la loi n'empêche pas d'adopter leurs dispositions *en les transcrivant*, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire aux lois modernes. Elles valent alors *comme conventions privées* ; ce ne sont plus des textes législatifs appliqués comme s'ils étaient toujours en vigueur. C'est tout ce que les auteurs du Code ont voulu.

D'autre part il est permis de se référer à une loi étrangère, toujours sous la condition qu'elle ne soit pas contraire aux principes d'ordre public de la loi française. Les motifs de l'art. 1390, ainsi que son texte, ne s'appliquent qu'aux anciennes lois françaises.

802 *bis*. Prohibitions diverses. — Il existe enfin un certain nombre de dispositions prohibitives éparses dans le Code et auxquelles l'art. 1388 *in fine* fait allusion sans les énumérer[1]. Parfois la prohibition est expressément écrite dans le texte, par exemple dans l'art. 1453, relatif à la faculté qu'a la femme de renoncer à la communauté. Parfois elle en résulte implicitement, par exemple dans l'art. 1483, relatif à la faculté d'accepter la communauté sous bénéfice d'inventaire. Une autre prohibition très importante a été établie par la loi du 13 juillet 1907 qui annule toute clause tendant à restreindre les droits de la femme sur le produit de son travail personnel (ci-dessous, n° 1045).

C. — Conséquences récentes du principe de liberté.

***803. Mélange des régimes.** — La liberté des conventions matrimoniales produit une conséquence que les auteurs du Code civil ne paraissent pas avoir prévue : c'est le mélange des divers régimes, par la combinaison d'éléments empruntés à plusieurs pour former un régime composite. Ils n'ont songé qu'à une hypothèse, la seule que la pratique eût encore révélée de leur temps : l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal (art. 1581). Voyez ci-dessous, n°s 1681-1697. Mais depuis lors ces combinaisons ont fait des progrès. Ce que la pratique a montré est l'inverse de ce qui se faisait avant la Révolution : on avait vu jadis la communauté pénétrant dans le régime dotal sous forme de société d'acquêts ; au cours du XIXe siècle on a vu au contraire l'inaliénabilité dotale pénétrer dans le régime de communauté.

***804. Extension de l'inaliénabilité dotale.** — On peut distinguer trois étapes dans cette voie :

1° En se mariant sous le régime de la communauté, une femme déclare que *ses biens propres*, meubles ou immeubles, seront inaliénables comme sous le régime dotal ou ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi du prix. Cette clause devient de plus en plus fréquente dans la pratique. Même dans le Nord de la France, tout en adoptant le régime de communauté qui

[1] Si on ne les a pas rappelées dans les art. 1388 à 1390, c'est dans la crainte que l'énumération ne fût incomplète et ne laissât dépourvues de sanction les dispositions prohibitives que l'on aurait oubliées (LOCRÉ, t. VI, p. 344).

est dans les traditions du pays, les femmes mariées veulent se placer sous la protection de la dotalité.

Cette clause est-elle valable ? Quelques auteurs déjà anciens, comme Marcadé et Troplong, l'ont condamnée en disant que l'inaliénabilité d'un bien ne peut être établie que dans l'hypothèse particulière où la loi l'a permise, c'est-à-dire pour les époux qui se marient sous le régime dotal. Mais leur opinion a été abandonnée par la grande majorité de la doctrine, et elle est condamnée par la jurisprudence. Les arrêts sont nombreux (Cass., 24 août 1836, D. 37. 1. 141, S. 36. 1. 913 ; Cass., 3 févr. 1879, D. 79. 1. 246, S. 79. 1. 353 ; Cass., 13 nov. 1895, D. 96. 1. 14, S. 99. 1. 267). La solution qui a triomphé se fonde sur ce que la loi n'exige pas qu'on ait stipulé expressément le régime dotal au moyen d'une formule sacramentelle (art. 1392). Or la clause d'inaliénabilité, quand elle est clairement formulée, équivaut à une adoption implicite partielle de ce régime. D'autre part, l'art. 1581 montre que le régime dotal peut se combiner avec la communauté. C'est aujourd'hui un point acquis[1].

Ici nous devons faire une remarque importante : cette extension de l'inaliénabilité n'équivaut pas à l'incapacité contractuelle dont il a été parlé au n° 798 ci-dessus. En vertu des clauses d'incapacité proprement dite, l'acte aurait été *annulé*, et l'acquéreur ou le créancier, ayant perdu son titre même, n'aurait eu aucun droit, à aucune époque, ni contre la femme ni contre ses héritiers. Avec l'inaliénabilité, les biens déclarés inaliénables ne peuvent être aliénés ou hypothéqués par la femme ni saisis par ses créanciers ; mais les actes qu'elle fait ne sont pas nuls en eux-mêmes ; ils subsistent, et les tiers qui ont traité avec elle ont action sur ceux de ses biens qu'elle n'a pas rendus inaliénables, s'il y en a, sur les biens nouveaux qu'elle acquerra après la dissolution du mariage, ou enfin sur les biens de ses héritiers, s'ils acceptent sa succession purement et simplement.

2° On ne s'en est pas tenu là. On a vu la femme stipuler cette même inaliénabilité, non plus seulement pour ses propres, c'est-à-dire pour les biens dont elle conserve la propriété entière, mais même pour sa part dans les acquêts, c'est-à-dire pour la moitié qui lui appartient dans la masse commune. Cette clause a été avec raison déclarée nulle (Cass., 29 juin 1847, D. 47. 1. 295, S. 47. 1. 606). Elle porte en effet atteinte aux droits du mari comme chef : du moment où on établit une communauté, il faut que le mari en ait la libre disposition.

3° On a vu plus fort encore, car rien n'est plus étonnant que les progrès de la loi Julia à travers les âges et il semble qu'elle soit destinée à toujours s'étendre. J'indique brièvement l'hypothèse, à cause des difficultés considérables qu'elle soulève. On a vu deux époux convenir qu'un capital fourni pour moitié par chacun d'eux serait employé à l'acquisition d'un immeuble qui devait rester indivis pendant toute la durée du mariage et être remplacé,

[1] Il faut noter cette solution comme un changement considérable, car la tradition du régime matrimonial, tradition vingt fois séculaire, était de restreindre l'inaliénabilité aux seuls biens dotaux. Sur les dernières résistances à l'idée nouvelle, voyez VALETTE, *Mélanges*, t. I, p. 519, et LYON-CAEN, dans *Sirey*, 76. 2. 66.

en cas d'aliénation, par un immeuble d'une valeur au moins égale. Cette clause équivalait à une stipulation d'inaliénabilité, et, chose remarquable, elle rendait inaliénable le bien entier, c'est-à-dire la part du mari en même temps que celle de la femme ! On aurait dû prononcer sa nullité à plus forte raison encore que pour la clause précédente. Cependant elle a été validée par la Cour de Paris (arrêt du 6 juin 1885), et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes (arrêt du 30 novembre 1886, D. 87. 1. 49, S. 87. 1. 401), après un rapport remarquable de M. Ballot-Beaupré. Mais voyez la note de M. Poncet, dans D. 87. 1. 49.

§ 3. — *Formes du contrat de mariage.*

A. — Solennité.

805. Ancien droit. — L'authenticité du contrat de mariage ne date guère que du XVIIe siècle, et même après cette époque on le faisait encore sous seings privés en Normandie, en Poitou et en Alsace.

** **806. Droit actuel.** — Actuellement il doit être passé devant notaire et en minute (art. 1394). C'est donc un *contrat solennel* (t. I, n° 285 ; t. II, n° 992). La raison est qu'un acte sous seings privés pourrait être facilement détruit, ce qui entraînerait un changement de régime par l'application de la communauté légale. De plus le notaire conseille utilement les parties dans la rédaction d'un acte aussi difficile. Enfin il y a presque toujours des donations qui rendent nécessaire l'intervention du notaire.

807. Réception de l'acte par un seul notaire. — Depuis la loi du 12 août 1902, les contrats de mariage sont reçus par un seul notaire, même quand ils contiennent des donations,

Avant cette loi, il fallait deux notaires, mais la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires n'était pas exigée, même quand il y avait des donations (Lyon, 1er juin 1883, D. 84. 2. 110, S. 84. 2. 153).

Si une donation était faite à l'un des époux par acte séparé, elle resterait soumise à la règle établie par l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, qui a été conservée par la loi du 12 août 1902 modifiant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI.

808. Frais. — Sur la question de savoir par qui doivent être supportés les frais du contrat de mariage, des systèmes très divers ont été proposés et des distinctions s'imposent. Si l'on fait abstraction de quelques charges accessoires, les frais du contrat de mariage comprennent principalement des taxes d'enregistrement et les honoraires du notaire.

Taxes sur les donations faites aux époux. — Le tarif des droits à payer varie selon que la donation est faite par contrat de mariage ou par acte séparé, et selon qu'elle émane du futur conjoint, d'un ascendant de l'époux donateur ou d'une autre personne. Depuis la loi du 25 février 1901, qui a fait disparaître l'ancienne différence établie entre les donations mobilières et les donations immobilières, ces droits varient de 2 pour 100 en ligne directe à 11 pour 100 entre parents au delà du sixième degré. — Il est admis que les droits proportionnels de mutation, auxquels ces donations donnent lieu, sont supportés par l'époux doté ou donataire (Cass., 8 déc. 1874, D. 75. 1. 33, S. 75. 1. 209). Sur la responsabilité solidaire des donateurs, voyez Toulouse, 30 nov. 1908, D. 1911. 2. 175.

Taxes sur les apports. — La loi du 22 frimaire an VII avait exempté du droit pro-

portionnel de mutation les simples déclarations d'apport faites par les époux pour les biens leur appartenant déjà avant le mariage (art. 68, § 3). On en resta là jusqu'en 1872. La loi du 28 février 1872 soumit les déclarations d'apports à un *droit fixe gradué*, transformé en un droit proportionnel de 0 fr. 20 pour 100 par la loi du 28 avril 1893. Certains arrêts ont mis ces frais à la charge de la communauté, ou les ont divisés par moitié entre les époux (Caen, 6 déc. 1877, D. 79. 2. 134, S. 78. 2. 115; Besançon, 21 déc. 1887, D. 88. 2. 123. — Comp. Cass., 21 juill. 1852, D. 52. 1. 194). Mais, comme les apports constatés dans le contrat restent *propres aux époux* et n'entrent pas en communauté, on ne peut les assimiler à des *apports en société*, lesquels forment la masse commune, pour mettre les frais d'enregistrement à la charge de cette masse; il vaut mieux considérer ces frais comme faits dans l'intérêt personnel de chaque époux, qui se servira du contrat pour faire la reprise de ses apports, et les répartir entre eux proportionnellement à l'importance de leurs apports (Dijon, 3 déc. 1869, D. 70. 2. 162, S. 70. 2. 17; Angers, 25 janv. 1905, S. 1906. 2. 49; Douai, 17 nov. 1899, *Journal des notaires*, 27108).

Honoraires du notaire. — Il est dû au notaire un honoraire proportionnel aux apports et aux dots ; mais, pour les apports, cet honoraire est perçu seulement sur les valeurs constatées par le contrat (Décr. 25 août 1898, art. 14; Paris, 24 févr. 1905, et Cass., 6 mars 1906, S. 1907. 1. 489, note de M. Naquet, *Gaz. du Palais*, 4 avril 1906). Or les apports des époux sont souvent passés sous silence. Sur l'*inutilité* et les *inconvénients* d'énoncer les apports personnels des futurs époux dans le Contrat de mariage, voyez l'article de M. P. Sumien, *Revue critique*, 1907, p. 599. — Les honoraires du notaire doivent être supportés par les époux, proportionnellement à leurs dots et apports.

Pour plus de détails, voir Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, 3e édit., t. I, nos 84 et 84 *bis* ; Bucaille, *Les frais du contrat de mariage*, thèse, Paris, 1907 ; et la note du *Sirey*, 1906. 2. 49.

B. — Publicité.

* **809. Système primitif.** — Avant 1850, il y avait absence complète de publicité, sauf pour le contrat de mariage des commerçants, pour lequel le Code de commerce exige une publicité spéciale qui n'intéresse pas le droit civil (Ord. 1673, tit. VIII, art. 1 ; art. 67 C. com.).

Ce défaut de publicité créait un danger redoutable, au cas où les époux avaient adopté le régime dotal. Sous ce régime les biens dotaux sont inaliénables et insaisissables. La femme pouvait se présenter aux tiers comme mariée sans contrat, par suite comme commune en biens avec son mari et capable de s'obliger ou d'aliéner avec sa seule autorisation. Les tiers n'avaient aucun moyen de vérifier son dire, ils traitaient avec elle de confiance, et plus tard la femme, armée de son contrat, leur reprenait sa dot ou la mettait à l'abri de leurs poursuites. Par contre-coup, le crédit des époux, même de bonne foi, se trouvait ruiné ; on avait toujours peur, surtout dans le pays de régime dotal, de traiter avec des gens qui disaient n'avoir point fait de contrat.

** **810. Réforme de 1850.** — Ces inconvénients ont pris fin, grâce à une réforme due à l'initiative de M. Valette (L. 10 juillet 1850). Son idée a été d'associer le contrat de mariage à la publicité du mariage, constaté par les registres de l'état civil. A cet effet le notaire qui rédige leur contrat délivre aux futurs époux un certificat sur papier libre, et sans frais, énonçant ses

noms et résidence, les noms, qualités et demeures des futurs époux, et la date du contrat. Ce certificat indique qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage (art. 1394). De son côté, l'officier de l'état civil doit interpeller les époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, et leur demander s'il a été fait un contrat de mariage et chez quel notaire (art. 75). Sur leur réponse affirmative, il doit reproduire sur son registre les indications du certificat délivré par le notaire ; au cas contraire, il inscrit la réponse des époux qui déclarent se marier sans contrat (art. 76).

Grâce à ces déclarations inscrites sur des registres que chacun peut consulter, la loi établit une publicité plus complète et plus durable que les affiches ordonnées pour le contrat de mariage des commerçants. Les tiers sont ainsi avertis de l'existence du contrat et de la résidence du notaire qui l'a reçu et chez qui ils peuvent en prendre connaissance.

***811. Sanctions.** — La loi du 10 juillet 1850 a une double sanction :

1° Amendes. — Le notaire doit délivrer aux parties le certificat que la loi exige, en les prévenant qu'elles auront à le remettre à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage ; et pour éviter toute contestation sur ce point la loi veut qu'il leur donne lecture de ses dispositions et fasse mention de cette lecture à la fin du contrat à peine de 10 francs d'amende (art. 1394).

De son côté, l'officier de l'état civil encourt une amende de 100 francs au plus lorsqu'il n'a pas mentionné dans l'acte de mariage l'interpellation que la loi l'oblige à faire et la réponse qu'il a reçue des époux (art. 76).

2° Sanction civile. — Quel sera le sort du contrat non rendu public conformément à la loi ? On aurait pu décider que ce contrat ne serait pas opposable aux tiers et que les époux, étant réputés n'en avoir point fait, seraient considérés comme communs en biens légalement. Mais ce n'est pas ce que la loi a fait, et les candidats s'y trompent souvent à l'examen. L'art. 1391 se borne à dire que « la femme sera réputée, à l'égard des tiers, *capable de contracter* dans les termes du droit commun ». Il faut bien comprendre le sens de cette disposition. La femme est simplement privée de la protection exceptionnelle que lui assurait l'inaliénabilité de ses biens dotaux ; elle est capable de s'obliger ou d'aliéner comme elle le serait sous le régime de la communauté, mais cela ne signifie pas que le contrat de mariage soit non avenu à l'égard des tiers. Un exemple va faire comprendre la différence des deux formules. Supposez que les époux qui ont tenu leur contrat de mariage secret soient réellement mariés sous le régime de la séparation de biens et que le mari donne à bail un immeuble appartenant à sa femme. Le bail est nul parce que le mari n'a pas sous ce régime l'administration des biens de la femme. Même ignoré des tiers, le contrat de mariage leur sera néanmoins opposable et la loi de 1850 ne les protégera pas. Que dit-elle en

effet? Que la femme est *capable de s'obliger* ; or elle ne s'est pas engagée et son mari seul a paru dans l'acte. Il n'y a point là de lacune ou d'injustice, et les tiers n'ont pas besoin d'une protection spéciale ; ils n'ont qu'à exiger la signature des deux époux, et le bail sera sûrement valable, quel que soit leur régime matrimonial ; il y aura toujours une des deux signatures d'utile.

En somme la loi de 1850 est une loi protectrice dirigée uniquement contre le régime dotal, parce que lui seul crée un danger pour les tiers, le concours des époux ne suffisant pas à en rendre l'acte valable.

***812. Conditions d'application de la loi.** — Même en supposant que les époux ont caché à la mairie l'existence de leur contrat de mariage, la loi de 1850, qui dépouille la femme de la protection qu'elle avait cherchée dans le régime dotal, ne s'appliquera pas toujours. Il est possible, en effet, que les époux n'aient pas voulu user du moyen de fraude qu'ils s'étaient réservé, et qu'au dernier moment ils se soient ravisés en prévenant loyalement les tiers de la nature de leurs conventions matrimoniales. En ce cas, aucune fraude n'ayant été commise, personne n'aura lieu de se plaindre.

La responsabilité des époux serait encore à l'abri s'il y avait eu simple omission sur les registres : cette omission ne leur étant pas imputable, ils n'auraient pas à en souffrir. La loi ne fonctionne contre eux que pour réprimer une *déclaration mensongère* de leur part portant qu'ils se sont mariés sans contrat alors qu'ils en ont fait un.

Du reste, le système établi en 1850 est si bien organisé pour prévenir toutes les fraudes et il est si bien entré dans la pratique que nos recueils ne contiennent pas d'arrêt qui ait eu à en faire l'application.

§ 4. *Immutabilité des conventions matrimoniales.*

A. — Le principe.

***813. Origine de la règle.** — Les conventions matrimoniales doivent être rédigées *avant le mariage* (art. 1394); après la célébration il est interdit d'y apporter aucun changement : elles sont *immuables* ou *irrévocables* (art. 1395). Avant de devenir un principe, l'immutabilité des conventions matrimoniales a été un usage. Il est probable que pendant longtemps elle a régné en fait, avant que des tentatives contraires aient amené la jurisprudence à prohiber toute innovation au cours du mariage ; nous savons même à quelle époque cette jurisprudence prohibitive s'est établie : Louet nous en a raconté tout au long l'élaboration ; ce sont des arrêts de 1584 et 1585[1], confirmés par d'autres décisions du 15 mai 1589 et du 5 avril 1605 (Louet,

[1] Aupavarant on ne trouve qu'une prohibition particulière, défendant une clause par laquelle le mari se réservait, par son contrat de mariage, la faculté d'établir une communauté dans un délai de cinq ans, après l'avoir d'abord exclue. Encore n'est-ce là qu'une opinion soutenue par Dumoulin (sur l'art. 110 de la coutume de Paris, n° 4), et il n'y avait pas alors d'arrêts en ce sens. A plus forte raison faut-il considérer comme étranger à la question un texte de la loi Ripuaire ainsi conçu : « Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat » (*Lex Ripuar.*, liv. 37, n° 1). Ces derniers mots ne sont qu'une garantie donnée à la femme contre une révocation arbitraire de la *dot*, et ce texte se rapporte à l'histoire de l'irrévocabilité des donations et non à celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Recueil d'arrêts du Parlement de Paris, augmenté par Julien Brodeau, Lettre M, Sommaire 4)[1].

Sanction. — Tout contrat de mariage rédigé après la célébration du mariage est nul. Il en est ainsi même lorsque le contrat, rédigé avant le mariage, porte par erreur une date postérieure à la célébration ; seulement, dans ce cas, le notaire est responsable de la faute qu'il a commise (Pau, 3 mars 1909, D. 1911. 2. 171, P. et S. 1910. 2. 76).

Bibliographie. — Kuntz, *Origine de l'article 1395 du Code civil,* dans la *Revue générale du droit,* années 1883 et 1884. — Planiol, note au *Dalloz,* 1905. 2. 1. — Thèses : Louis Henry, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales,* Paris, 1904 ; Louis Guérin, même sujet, Paris, 1906 ; Spineano, Paris, 1912.

***814. Motifs de l'immutabilité.** — Nos anciens auteurs en ont donné deux motifs différents. Les uns la fondaient sur la prohibition des donations entre époux ; c'était l'idée de Dumoulin, qui craignait que le mari ne fît un « rappel à la communauté » pour y faire tomber une succession mobilière échue à sa femme : « Quia uxor potest intra quinque annos habere opulentam mobilium successionem, et tunc potest eligere communionem, et ditaret maritum pauperem..., et certe melius est non valere, ne per indirectum fiat fraus legi » (sur l'art. 110 de la coutume de Paris, n° 4). D'autres invoquaient le caractère exceptionnel du contrat de mariage, qui ne concerne pas seulement les époux, mais qui intéresse aussi leurs deux familles, les enfants à naître du mariage, et même, disait-on, « l'honnesteté publique et l'Estat » (Bouhier, sur la coutume de Bourgogne, chap. xxi, n° 157 ; Ferrière, sur l'art. 258 de la coutume de Paris, glose 1 : Leprestre, Arrêts, Centurie 1, chap. 98, n° 12).

On a prétendu que ces deux motifs avaient disparu (Kuntz, article précité). Il est vrai que les donations sont aujourd'hui permises entre époux, tandis que l'ancien droit les leur défendait ; mais du moins elles sont essentiellement *révocables,* et l'art. 1099 annule tout avantage *déguisé.* Or la liberté de modifier à volonté les conventions matrimoniales fournirait toutes les facilités possibles pour se faire des avantages cachés et irrévocables. Ce premier motif s'est donc atténué sans disparaître. Quant au caractère du contrat de mariage considéré comme *pacte de famille,* il est difficilement contestable même de nos jours : les parents consentent souvent de lourds sacrifices pour marier leurs enfants ; ils les font en vue du régime adopté, et une modification ultérieure, à laquelle ils ne seraient pas appelés, serait véritable-

[1] Toutes les tentatives faites pour apporter des exceptions ou des tempéraments furent repoussées l'une après l'autre. Tronçon, dans son *Commentaire* sur la coutume de Paris, publié en 1618, J.-M. Ricard, dans ses *Notes* ajoutées en 1666 à l'édition de la coutume de Paris de Fortin, soutinrent qu'un changement autorisé par tous les parents pendant le mariage serait valable ; leur opinion fut rejetée (Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 258, n° 8). Pour l'état de la question au xviiie siècle, voir Le Brun, *Communauté,* liv. I, chap. iii, nos 21 à 29 ; et Ferrière, sur l'art. 220 cout. de Paris, nos 33 à 42.

ment la violation du contrat. Comp. Bastia, 16 janv. 1856, D. 56. 2. 58. L'arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 17 mai 1762, qui a refusé de voir dans le contrat de mariage un contrat entre deux familles, n'a pas la portée absolue que lui a attribuée M. Kuntz; voyez les explications que donne Pothier à ce sujet (*Communauté*, n° 339).

Les auteurs du code, en conservant l'ancienne règle, en ont donné un nouveau motif, tiré de l'*intérêt des tiers* (Berlier, *Exposé des motifs*, dans Fenet, t. XIII, p. 667). En effet les personnes qui traitent avec les époux ont le plus grand intérêt à être exactement renseignées sur l'état de leur régime matrimonial, pour la capacité personnelle de la femme, pour les droits du mari sur les biens de sa femme, pour le caractère dotal ou paraphernal, propre ou commun, de chacun de leurs biens, etc. Si ce régime était variable au cours du mariage, les causes d'erreur deviendraient grandes ; les tiers pourraient ignorer les modifications apportées au contrat primitif, et être surpris par des changements imprévus qui jetteraient l'incertitude dans les affaires.

814 *bis*. Tendance contraire à l'immutabilité. — Malgré la valeur de ces raisons, le principe traditionnel de notre droit est aujourd'hui discuté, et il est à prévoir que le mouvement ira grandissant, car le courant actuel des idées tend à affaiblir de plus en plus les effets du mariage et à donner une liberté toujours plus grande aux époux. On fait valoir que les époux, en rédigeant leur contrat, peuvent se tromper sur leurs véritables intérêts, que leur situation de fortune ou la composition de leurs familles peuvent varier, et qu'il est dangereux de les enfermer pour la vie dans un régime qui leur est défavorable, et qui n'a plus raison d'être. L'intérêt des tiers, dit-on, serait suffisamment protégé par des mesures de publicité. Le système que l'on nous propose d'adopter est déjà celui de l'Allemagne, où il est permis aux époux de régler leur régime matrimonial, de le modifier ou de le changer complètement pendant le mariage (art. 1432 c. civil allemand). La Suisse, dont certains cantons accordaient déjà la même liberté, a généralisé la règle (Code civil suisse, du 10 décembre 1907, art. 179). Anciennement, il en était de même dans le Brabant (coutume de Bruxelles, art. 246).

Toutefois ce système soulève une grave objection. Comment pourra-t-on organiser un système de publicité assez sûr pour prévenir les tiers contre toute surprise? Où établir les registres? Que faire pour les ménages qui résident à l'étranger et pour ceux qui changent de domicile ? Ces difficultés ont été signalées au Congrès international de droit comparé de 1900 (*Procès-verbaux sommaires*, séance du 3 août 1900). — La jurisprudence ne paraît pas disposée à seconder la doctrine dans ses idées novatrices. Voyez Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1.

B. — Effets de l'immutabilité.

815. Son étendue. — Le contrat de mariage lie toutes les personnes qui y ont été *parties*, mais non les autres. Les effets de son immutabilité doivent être examinés séparément pour les époux et pour les autres parties, parce qu'ils sont beaucoup plus considérables et plus intéressants pour les époux que pour toute autre personne.

*816. **Effets relatifs aux époux.** — 1° Les époux ne peuvent pas transformer d'une façon complète le régime adopté par eux. Ils ne peuvent pas, après avoir établi la communauté, la supprimer ou en paralyser les effets pour se séparer de biens ; ni inversement l'établir après coup, lorsqu'ils ne l'ont pas fait avant la célébration du mariage.

2° Ils ne peuvent pas davantage modifier leur régime sur un point spécial, par exemple faire entrer en communauté un bien qui devait rester propre à l'un d'eux d'après leur contrat, ou rendre dotal un bien qui ne devrait pas le devenir.

3° Ils ne peuvent même pas renoncer aux libéralités contenues dans le contrat de mariage. Ces donations font en effet partie des conditions du mariage. Toutefois cette renonciation peut être faite dans le testament de l'époux donataire, parce que le testament ne produit d'effet qu'après la dissolution du mariage et que les époux ne sont liés par leur contrat que pendant la durée du mariage. Quand le contrat de mariage a pris fin, il ne peut plus être question de son immutabilité (Besançon, 6 janv. 1906, S. 1906. 2. 131).

*817. **Effets relatifs aux autres parties.** — Les personnes qui ont pris part au contrat de mariage sont liées également, mais d'une façon bien plus restreinte que les époux. Elles le sont seulement pour l'exécution de leurs libéralités ou des autres conventions constatées dans le contrat. Ainsi celui qui a constitué une dot ne peut pas, après le mariage, obtenir valablement un *terme* pour la payer (Cass., 4 déc. 1867, D. 67. 1. 445, S. 68. 1. 153). Mais il lui serait permis de renoncer au bénéfice du terme, ce qui ne porte aucune atteinte à la convention, puisqu'un débiteur a toujours le droit de le faire. On admet également que *le mode de paiement* de la dot peut être changé, même si cette facilité n'a pas été réservée par le contrat, pourvu que le *chiffre* de la dot ne soit pas modifié. Ainsi l'obligation du constituant qui a promis pour dot une somme d'argent peut être acquittée au moyen d'une dation en paiement, par exemple par la remise d'un immeuble (Cass., 22 juill. 1889, D. 90. 1. 425, S. 89. 1. 456).

On admet encore que celui qui a promis de servir une pension aux époux peut se libérer en leur donnant le capital (Cass., 14 nov. 1898, D. 99. 1. 40, S. 1900. 1. 15). Mais l'inverse ne serait pas admis. Comp. Cass., 27 nov. 1900, S. 1900. 1. 119.

***818. Liberté laissée aux tiers.** — Tels sont les seuls effets que l'immutabilité produit contre les tiers. A tous autres égards ceux-ci restent libres, et les conventions que les époux ont pu faire dans leur contrat de mariage ne les lient pas.

Exemples. — 1° Les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale, de façon que tous leurs meubles soient communs. Un tiers peut parfaitement pendant le mariage faire une donation à l'un d'eux, en stipulant que le meuble par lui donné, au lieu d'être commun, restera propre à l'époux donataire. La loi elle-même autorise cette clause dans l'art. 1401-1°.

2° Une femme s'est mariée sous le régime dotal en stipulant que tous ses biens à venir seraient dotaux. Un tiers peut lui faire une donation pendant le mariage à la condition que le bien donné sera paraphernal.

Ainsi la convention de communauté ou de dotalité ne paralyse pas la liberté des tiers. Ce qui est plus remarquable, c'est qu'elle n'empêche pas les époux eux-mêmes d'accepter de pareilles libéralités. Il y a là certainement une interprétation bienveillante qui fait fléchir le principe.

C. — Modification du contrat par contre-lettres.

***819. Possibilité de ces changements.** — On vient de voir que le contrat de mariage doit être signé avant le mariage. Une fois le mariage célébré, il est trop tard pour le rédiger ou même pour le modifier. Mais jusqu'à cette célébration, les conventions matrimoniales ne forment qu'un projet, qui peut être abandonné ou modifié par les parties, et cet intervalle est quelquefois assez long pour que des changements deviennent utiles. Les changements convenus avant le mariage ne sont cependant valables que sous certaines conditions rigoureuses.

***820. Leur forme.** — Ces changements se font au moyen d'actes spéciaux appelés *contre-lettres*. Le mot « contre-lettres » désigne tantôt un acte destiné à demeurer secret pour modifier frauduleusement les clauses d'un acte apparent, tantôt la simple modification d'un acte antérieur sans aucune pensée de clandestinité ni de fraude. C'est dans ce dernier sens qu'il est pris ici.

***821. Conditions de validité entre les parties.** — Pour être pleinement valables et régulières, les contre-lettres doivent remplir diverses conditions, au nombre de quatre, mais qui sont d'une importance inégale, toutes n'ayant pas reçu la même sanction. Les deux premières, qui sont les principales, sont énoncées dans l'art. 1396 ; elles sont suffisantes pour la validité de la contre-lettre *entre les parties*.

1° La contre-lettre doit être rédigée *dans la même forme que le contrat de mariage,* c'est-à-dire par devant notaire ;

2° Il faut le consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été *parties* au contrat. Quant à celles qui y ont assisté *honoris causa*, sans y jouer de rôle actif, il n'est pas nécessaire de les faire revenir. Anciennement on exigeait la présence de tous ceux qui avaient *assisté* au contrat primitif (coutumes de Paris, art. 258 ; d'Orléans, art. 223), ce qui était évidemment inutile et excessif. Comp. LOYSEL, n° 106.

* **822. Conditions rendant la contre-lettre opposable aux tiers.** — D'après l'art. 1397, « tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, si... ». Les deux premières conditions étudiées au n° 821, suffisantes pour que la contre-lettre soit valable entre les parties, ne suffisent donc pas pour que les époux puissent l'opposer aux tiers ; il faut que d'autres conditions, indiquées par l'art. 1397, soient également remplies. Ces conditions supplémentaires sont :

1° *La rédaction de la contre-lettre à la suite du contrat de mariage.* — De la sorte, elle fait corps, dans la mesure du possible, avec l'acte qu'elle modifie. Si elle était rédigée par acte séparé, les personnes qui consulteraient ensuite le contrat de mariage risqueraient de ne pas connaître l'acte additionnel qui l'a modifié.

2° *La transcription de la contre-lettre dans les expéditions délivrées aux tiers.* — Il faut que le notaire ait soin de donner en même temps connaissance, à ceux qui le consultent, et de l'acte principal et de sa contre-lettre, et rien ne lui sera plus facile, les deux étant écrits à la suite l'un de l'autre. Sans cette dernière précaution, tout le système combiné par la loi manque son but, et les tiers ne sont pas prévenus.

Il y a cependant des doutes sur la sanction de cette quatrième condition. Avec plusieurs auteurs, je crois que si l'expédition délivrée aux tiers ne fait pas mention de la contre-lettre, ceux-ci auront le droit de la méconnaître. Telle est bien la pensée de la loi, qui apparaît plus claire encore dans le projet de l'an VIII. Mais un parti considérable dans la doctrine, qui a longtemps été prépondérant, tient au contraire que la contre-lettre sera néanmoins opposable aux tiers, bien que ceux-ci ne l'aient pas connue. L'argument qu'on allègue est que les époux ont fait tout ce qui dépendait d'eux en retournant loyalement chez leur notaire et en faisant rédiger le changement à la suite de l'acte primitif. Ce n'est pas leur faute si, plus tard, le notaire ou son clerc transcrit leurs conventions d'une manière incomplète. Ils ne doivent pas avoir à souffrir de la faute d'autrui. — Ce raisonnement n'est pas concluant ; toutes les fois que la loi établit des mesures de publicité dans l'intérêt des tiers, on voit les parties intéressées souffrir de la négligence ou de la mauvaise foi des agents ou officiers, notaires, conservateurs des hypothèques et autres, chargés de remplir certaines formalités pour porter un

fait à la connaissance du public ; l'intérêt général l'emporte ici sur l'intérêt particulier, et la partie victime de cette omission n'a qu'un recours contre l'officier ou employé négligent, si elle le retrouve et si elle peut prouver sa faute. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il en soit de même dans notre hypothèse.

D'ailleurs le texte est suffisamment clair. Que dit-il pour le cas où le notaire aurait omis de donner copie de la contre-lettre ? Que ce notaire sera tenu « des dommages et intérêts des *parties* », et ces parties qui peuvent-elles bien être, sinon celles qui ont figuré dans la contre-lettre non transcrite ? C'est donc bien que, dans le système de la loi, les *tiers* n'ont pas à souffrir de cette omission et ne se voient pas opposer la modification dont ils ont ignoré l'existence. — Ceux qui acceptent la solution contraire sont obligés de dire que l'art. 1397, en parlant des « parties », a entendu désigner les *tiers* qui sont venus demander au notaire une expédition du contrat. Cette interprétation est bien peu vraisemblable.

823. Actes soumis à ces conditions. — On ne doit considérer comme soumis aux conditions exprimées par les art. 1396 et 1397 que les actes qui apportent réellement un *changement* aux conventions précédemment arrêtées. Ce sont justement ces mêmes actes qui seraient *nuls* s'ils intervenaient après la célébration du mariage. Quant aux conventions nouvelles qui ne modifient en rien les précédentes, il n'y a pas lieu d'observer pour elles toutes ces formalités. S'il s'agit par exemple pour les époux de recevoir une donation supplémentaire, un complément de dot, ils pourront en être gratifiés par un autre contrat, passé au besoin chez un autre notaire.

Toutefois, lorsque cette donation nouvelle est faite par l'un des futurs époux à l'autre, on la considère traditionnellement comme une contre-lettre (POTHIER, *Communauté*, Introd., n° 14). Ils sont censés s'être donné par leur contrat tout ce qui devait l'être, et il importe de les protéger contre leurs propres entraînements. Une fois qu'ils seront mariés, ils se donneront l'un à l'autre tout ce qu'ils voudront, mais ces donations faites pendant le mariage seront essentiellement révocables, tandis qu'avant la célébration du mariage, ils pourraient se faire des libéralités irrévocables, qui modifieraient sensiblement leur situation réciproque.

D. — Changement de régime au cours du mariage.

1° Effets de certains jugements.

*** 824. Cas où le changement a lieu.** — Il y a des cas où les époux changent de régime au cours de leur mariage, à la suite d'un jugement, et cela se produit dans deux hypothèses différentes :

1° Séparation de biens. — Lorsqu'un jugement prononce la séparation de biens sur la demande de la femme, le régime antérieur, qu'on suppose être la communauté, se trouve détruit et remplacé par le régime de la séparation [1]. Ce changement se produit sans rétroactivité.

2° Annulation du contrat de mariage. — Le résultat est le même quand un jugement annule le contrat de mariage, et les époux se trouvent placés sous le régime de la communauté légale qu'ils avaient d'abord écarté. Mais alors le changement a lieu rétroactivement, et le contrat annulé est réputé n'avoir jamais produit d'effets.

Dans ces deux cas le changement se fait *par autorité de justice*. Ce n'est pas la *volonté des époux* qui l'opère ; il n'y a donc pas de dérogation directe au principe de l'immutabilité, qui empêche seulement les époux de défaire eux-mêmes leur œuvre.

825. Rétablissement conventionnel du contrat. — On verra (ci-dessous, n°s 1199 à 1203) qu'après la séparation de biens, les époux peuvent, sous certaines conditions qui seront déterminées plus tard, renoncer à ce régime d'origine judiciaire, et reprendre la communauté établie par leur contrat. Mais alors il y *restauration* du contrat de mariage, et non modification, ce qui fait qu'il n'y a encore là aucune atteinte au principe de l'immutabilité.

2° Effet d'une modalité insérée dans le contrat.

826. Distinction. — Serait-il permis aux époux de produire eux-mêmes un changement semblable, de le ménager et de le préparer d'avance par une clause spéciale de leur contrat de mariage ? Ils auraient le choix entre deux moyens pour y arriver :

1° *Stipuler un terme suspensif ou extinctif* pour le régime adopté par eux ;

2° *Stipuler un régime sous condition.*

827. Stipulation d'un terme. — Il y a un cas particulier prévu par la loi. Dans l'art. 1399, il est dit que la communauté commence nécessairement le jour du mariage et qu'on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. Ce texte a une raison historique : il a servi à abroger le *délai d'an et jour* qui, dans certaines coutumes, retardait la formation de la communauté. Voyez ci-dessous, n° 894-1°. Voyez aussi la clause prévue jadis par Dumoulin (en note sous le n° 813, ci-dessus).

[1] Je ne dirai pas la même chose du cas où la séparation de biens intervient entre époux mariés sous le régime dotal : ce régime n'est pas détruit, ainsi que je l'expliquerai plus loin, et la séparation se résume en une simple restitution anticipée de la dot à la femme. Quant à la séparation de corps, son effet actuel ne se borne pas à substituer le régime de la séparation de biens au régimé primitivement choisi par les époux : elle met entièrement fin à toute espèce d'autorité maritale, la femme reprenant sa complète indépendance, sauf le maintien de l'inaliénabilité dotale.

Mais la loi n'a rien dit de la convention qui fixerait un terme *extinctif* à la communauté. Elle ne dit même absolument rien relativement aux autres régimes. J'estime que toutes ces combinaisons seraient contraires à l'esprit de la loi et devraient être annulées. J'en donnerai un double argument : 1° il n'est pas douteux que la loi tient beaucoup à assurer la stabilité des conventions matrimoniales et qu'elle n'en permet le changement que pour des motifs graves ; 2° elle prévoit en maint article les événements qui mettent fin aux divers régimes : elle parle de la mort, du divorce, de la séparation de biens, de la séparation de corps, et jamais d'un terme conventionnel. — Cependant beaucoup d'auteurs arrivent à la solution contraire par le raisonnement que voici : l'art. 1387 proclame le principe de la liberté en matière de conventions matrimoniales, et l'art. 1399, qui contient une prohibition particulière, est dès lors un texte exceptionnel qu'on ne peut pas étendre (DALLOZ, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 19). Mais l'art. 1388 réserve aussi l'effet des « dispositions prohibitives du présent Code », et il faudrait savoir si l'ensemble de ses dispositions ne contient pas la prohibition virtuelle des régimes temporaires.

***828. Stipulation d'une condition.** — Au cas où les époux auraient inséré une condition dans leur contrat, il y a lieu de raisonner autrement. On doit remarquer d'abord qu'elle produirait des effets différents de ceux d'un terme extinctif ou suspensif : les époux ne seraient pas *mariés sous deux régimes successifs*, dont chacun produirait tous ses effets pendant un temps déterminé. Grâce à la rétroactivité de la condition, les époux seraient réputés avoir toujours été soumis à celui des deux régimes qui s'établirait définitivement ; l'autre disparaîtrait rétroactivement, sauf l'effet des actes d'administration faits par le mari qui seraient maintenus.

L'insertion d'une condition est-elle possible ? On l'admet en général. Nos anciens auteurs en parlaient déjà (LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. III, n° 10 ; POTHIER, *Communauté*, n° 278). On cite en droit moderne trois arrêts de la Cour de Colmar, dont le dernier est du 8 mars 1864 (D. 64. 2. 85). On ajoute que les tiers sont suffisamment protégés (depuis 1850) par la publicité du contrat de mariage.

Toutes ces raisons ne sont peut-être pas bien convaincantes. L'autorité de la tradition est faible, car le Code a donné à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales une importance et une rigueur qu'elle n'avait jamais eues et qui ne semblent guère compatibles avec ces espèces de changements à vue machinés à l'avance. En tout cas, il est un point certain, c'est que la condition stipulée ne doit pas avoir un caractère potestatif pour les époux, car ce serait leur réserver un moyen de changer de régime à volonté.

§ 5. — *Caducité et rétroactivité du contrat de mariage.*

****829. Son caractère accessoire.** — Le contrat de mariage est un contrat accessoire qui se rattache au mariage pris comme contrat principal. Il est donc subordonné : 1° à la célébration, 2° à la validité du mariage, ce qu'on exprime en disant qu'il est toujours fait sous la condition *si nuptiæ sequantur*. De là résultent d'importantes conséquences dont nous allons parler en nous occupant de sa caducité et de sa rétroactivité.

A. — Caducité.

***830. Cas où elle a lieu.** — 1° Le contrat de mariage est caduc si le mariage n'a pas lieu. Mais la caducité n'est encourue qu'autant qu'il est devenu certain que le projet de mariage est tout à fait abandonné. A ce point de vue aucun délai n'est fixé pour l'efficacité du contrat préparé ; se fût-il écoulé plus d'un an depuis sa signature, il serait encore utile, bien qu'il faille alors recommencer les publications faites en vue du mariage qui sont périmées ;

2° Si le mariage, une fois célébré, est annulé, comme il n'y a plus d'époux ni d'union conjugale, les conventions matrimoniales deviennent sans objet. Sur les règles qui sont alors appliquées aux pseudo-époux, voyez t. I, n° 1092. Cependant, en cas de *mariage putatif*, comme le mariage n'est annulé que pour l'avenir, le contrat de mariage reçoit son application pour le passé, de même que s'il s'agissait d'une union régulièrement contractée et maintenant dissoute.

***831. Conséquence de la caducité.** — Le contrat de mariage caduc est-il entièrement dénué d'effets ? Oui, *comme contrat de mariage*, puisqu'il n'existe pas d'union qu'il puisse régir. Mais il pouvait contenir des clauses ou conventions *étrangères au régime matrimonial des époux*, et dont le sort est indépendant de son efficacité. Ainsi une *reconnaissance d'enfant naturel*, qui y aurait été insérée, subsisterait malgré la caducité du contrat de mariage (Grenoble, 6 août 1861, D. 61. 2. 207, S. 62. 2. 132). Quant aux donations faites dans le contrat aux futurs époux, elles tombent avec lui, parce qu'elles dépendent elles-mêmes de la célébration du mariage en vue duquel elles étaient faites. Pour plus de détails voyez Viriot, thèse, Paris, 1908.

B. — Rétroactivité.

832. Absence naturelle de rétroactivité. — Un contrat de mariage ne doit produire d'effets qu'à partir de la célébration du mariage ; jusque-là il n'a ni objet ni utilité. Mais ensuite s'élève une question grave : une fois le mariage célébré ne doit-on pas lui reconnaître une rétroactivité qui en

ferait remonter les effets jusqu'au jour de sa date ? Pour lui attribuer cette rétroactivité, il suffit de le traiter comme soumis à une véritable *condition*, la condition « si nuptiæ sequantur » : dès lors, grâce à l'art. 1179, il rétroagira : c'est ce qu'a déclaré, en termes tout à fait généraux, un arrêt du 18 décembre 1878 cité ci-dessous.

Mais on a fort bien observé que le contrat de mariage n'est pas à vrai dire un acte *conditionnel*, il est bien plus tôt un acte à *terme* (note sous Cass., D. 79. 1. 441). Il est en effet rédigé par anticipation en vue de régler un état nouveau qui s'établira un jour donné ; la rétroactivité serait ici sans objet : il est inutile de faire rétroagir l'acte qui règle le régime matrimonial, car il n'y a pas de régime matrimonial à une époque où il n'y a encore ni mariage, ni mari, ni femme. Il faut donc reconnaître que les effets propres au contrat de mariage ne sont pas susceptibles de rétroactivité. Ce point a d'autant plus d'importance que l'intervalle qui sépare les deux contrats est parfois très long. On cite un cas où il fut de 18 ans (Gabriel Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, Toulouse, 1901, p. 18).

833. Exceptions. — Cependant on admet parfois diverses exceptions plus apparentes que réelles.

1° Donations. — Voici d'abord une solution reçue communément en doctrine. Dans les donations faites aux futurs époux par des tiers, le transfert de propriété est réputé s'accomplir à la date du contrat de mariage, et non pas seulement au jour du mariage (Cass., 26 janv. 1847, D. 47. 1. 63, S. 47. 1. 147) ;

2° Existence de la dot. — La jurisprudence va plus loin, elle admet que la dot existe avec son caractère propre dès le jour du contrat (Cass., 18 déc. 1878, D. 79. 1. 441, S. 81. 1. 353) ;

3° Mandat spécial donné au mari. — Si le mari hypothèque avant le mariage les biens de sa future femme, en vertu d'un mandat contenu dans le contrat, l'hypothèque se trouve rétroactivement validée (Toulouse, 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal, p. 132-134, ouvrage cité ci-dessus, n° 762).

Ces deux dernières décisions ont été vivement critiquées ; voyez la note de M. Lacointa, dans le *Sirey*, 81. 1. 353 ; voyez aussi Timbal, *op. cit.*, p. 50 et suiv. ; et Chausse, dans *Revue critique*, 1900, t. XXIX, p. 537. Cependant les arrêts n'ont pas la portée absolue que semblent leur donner des considérants rédigés en termes trop généraux. Ils n'ont jamais décidé que le régime matrimonial serait rétroactivement réputé avoir commencé avant le mariage ; ils ont seulement donné effet immédiat à certaines conventions particulières contenues dans le contrat. Spécialement, l'arrêt du 18 décembre 1878 a décidé que des immeubles, acquis par la future épouse au moyen d'un échange, entre le contrat de mariage et le mariage, avaient le carac-

tère dotal comme ceux dont ils prenaient la place. La subrogation réelle est ici nécessaire et elle se fonde sur une affectation conventionnelle donnée aux futurs biens dotaux, affectation qui est obligatoire dès avant le mariage, et qui est susceptible de se transmettre d'un bien à un autre par voie d'échange, sans qu'il y ait en cela aucune rétroactivité dans l'effet des conventions matrimoniales. Du reste la jurisprudence a écarté d'autres solutions, qui auraient été les conséquences les plus remarquables du principe qu'on lui attribue: elle a refusé de faire rétroagir au jour du contrat de mariage l'hypothèque légale que la femme possède sur les biens de son mari. D'après la jurisprudence, cette hypothèque prend rang seulement à dater du mariage (Cass., 22 janv. 1878, D. 78. 1. 154, S. 78. 1. 306). Elle décide également que l'inaliénabilité dotale ne commence qu'avec le mariage (ci-dessous, n° 1599).

§ 6. — *Nullité du contrat de mariage.*

***834. Cas de nullité.** — Si l'on écarte les nullités qui frappent seulement une clause particulière, une stipulation de détail, telle que l'*incapacité contractuelle* (ci-dessus, n° 798) ou l'*inaliénabilité des conquêts* (ci-dessus, n° 804-2° et 3°), en laissant intact le surplus des conventions matrimoniales, on voit que le contrat de mariage tout entier peut être nul pour quatre sortes de causes :

1° L'*absence des futurs époux* ou de l'un d'eux (ci-dessus, n° 781).

2° Un *vice de forme,* par exemple si le contrat a été fait par acte sous seings privés, ou si l'acte authentique qui le contient est irrégulier et nul comme tel.

3° Un *vice du consentement.* Sur ce point la loi n'a rien prévu ; on doit donc se reporter au droit commun et admettre comme causes de nullité le dol, la violence et l'erreur. Comme le dol n'est pas une cause de nullité pour le mariage, on a quelquefois douté de la possibilité de l'admettre pour le contrat de mariage, mais les motifs qui l'ont fait écarter en matière de mariage sont tellement spéciaux à l'union conjugale elle-même qu'on ne doit pas les étendre au contrat purement pécuniaire qui l'accompagne.

4° L'*incapacité* de l'un des futurs époux. Par exemple, il y aurait nullité si un prodigue faisait son contrat sans le consentement de son conseil judiciaire, avec insertion de clauses dépassant sa capacité personnelle (ci-dessus, n° 793). Pour le mineur la nullité peut être encourue dans deux cas distincts : *a*) il n'avait pas encore l'âge requis pour se marier, car on a vu que la loi exige qu'il soit déjà « habile à contracter mariage » au moment où il rédige son contrat ; *b*) il n'a pas été assisté d'une manière régulière,

conforme aux prescriptions de l'art. 1398, par les personnes qui doivent autoriser son mariage.

835. Observation. — Il peut arriver que le mariage et le contrat de mariage soient nuls tous les deux ; en pareil cas, il existe deux actions en nullité qui sont toujours indépendantes l'une de l'autre : l'une, dirigée contre le mariage, fera tomber le contrat de mariage par voie de conséquence ; l'autre, dirigée contre le contrat de mariage, aura un effet moins grave, ce contrat seul sera annulé et le mariage subsistera. Chacune de ces deux actions suivra ses règles propres.

Cette indépendance respective des deux actions en nullité est surtout intéressante à observer quand c'est le même vice qui affecte à la fois le mariage et les conventions matrimoniales, par exemple quand c'est un *mineur de* 21 *ans* qui, sans autorisation aucune, s'est marié et a rédigé son contrat. Alors les deux actions en nullité ont la même origine et pourtant elles ne sont pas soumises aux mêmes règles, notamment elles n'ont pas la même durée. La nullité du mariage se trouvera couverte au bout d'un an (art. 183) ; il y a des difficultés pour déterminer la durée de l'action en nullité dirigée contre le contrat de mariage, mais il est certain qu'un an après elle sera encore fort loin d'être éteinte (ci-dessous, nos 837-838). Par conséquent la première action sera prescrite depuis longtemps alors que la seconde subsistera encore.

A. — Caractères de la nullité.

***836. Généralisation de la question.** — Sur les caractères que l'on doit reconnaître à ces diverses nullités il existe une grave dissidence entre la jurisprudence et la doctrine. Cette dissidence s'est révélée en fait exclusivement à propos du contrat de mariage du mineur, mais la question a une portée beaucoup plus large et elle s'étend à tous les cas possibles de nullité. C'est avec cette généralité que nous devons l'étudier.

***837. Doctrine ancienne.** — Pendant longtemps tous les auteurs ont appliqué sans difficulté au contrat de mariage la distinction des nullités relatives et des nullités absolues, et ils ne paraissaient même pas soupçonner, du moins en général, qu'on pût avoir des raisons de l'écarter. Pour eux la nullité devrait être *purement relative* toutes les fois qu'elle a uniquement pour objet la protection individuelle d'une personne déterminée, par exemple d'un incapable comme le mineur. Dans ce système, le mineur seul peut se prévaloir de la nullité, qui peut également être demandée de son chef par ses héritiers ou ses créanciers (art. 1166) ; mais l'autre partie n'en a pas le droit (art. 1125). Autre conséquence : la nullité peut disparaître par l'effet d'une confirmation expresse ou tacite (art. 1338), ou par l'expiration d'un délai de dix ans (art. 1304). Toutefois le point de départ de ce délai est rejeté à la dissolution du mariage, au lieu d'être placé au jour de la majorité de l'époux mineur. La raison de cette dérogation au droit commun est l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395) : si on ne peut pas modifier ces conventions pendant le mariage, à plus forte raison ne peut-on pas les supprimer entièrement en les faisant annuler.

****838. Jurisprudence.** — D'après les arrêts, la nullité d'un contrat de mariage est toujours une nullité absolue ; toute personne intéressée peut

l'opposer, la demande est recevable en tout temps et jamais il ne pourra y avoir de confirmation (Cass., 5 mars 1855, D. 55. 1. 101, S. 55. 1. 348 ; Cass., 19 juin 1872, D. 72. 1. 346, S. 72. 1. 281 ; Cass., 16 juin 1879, D. 80. 1. 415, S. 80. 1. 166).

Sur quoi se fonde une jurisprudence aussi extraordinaire ? C'est que le système de la doctrine créait une situation intolérable en pratique ; tous les actes faits soit par les époux entre eux ; soit par l'un d'eux avec des tiers, restaient dans l'incertitude pendant toute la durée du mariage, et cette incertitude pouvait se prolonger encore pendant dix ans après sa dissolution ; le conjoint qui s'était marié encore mineur tenait tout le monde à sa merci et cela d'une manière presque indéfinie. C'est pour éviter un résultat aussi fâcheux que la jurisprudence a voulu traiter tous les cas de nullité comme s'ils étaient d'ordre public. On peut donc dire que cette solution était nécessaire en fait. Il fallait seulement lui trouver un fondement juridique pour déroger à une règle aussi essentielle que la théorie ordinaire des nullités. On a trouvé ce fondement dans les art. 1395 à 1397 : le pacte matrimonial, solennel et immuable, ne peut pas être changé au gré des parties. Il résulte de sa nature particulière que la nullité relative est impossible pour lui. C'est tout l'un ou tout l'autre : il faut qu'il soit *pleinement valable* ou *absolument nul,* et qu'on sache dès le début du mariage à quoi s'en tenir sur le régime des époux. Si leur contrat est valable, on le leur appliquera d'une manière définitive : s'il est nul, ils seront mariés sous le régime de la communauté légale. L'incertitude qu'entraîne la nullité relative est incompatible avec ce contrat.

839. Tendance nouvelle en doctrine. — La solution admise par la jurisprudence commence à pénétrer dans la doctrine. Nombre d'auteurs récents consentent à écarter pour le contrat de mariage l'application de l'art. 1125, qui formule une des conséquences les plus caractéristiques des nullités relatives ; on se rappelle que cet article refuse à la partie capable, qui a traité avec un incapable, le droit d'opposer à celui-ci la nullité tenant à son incapacité. Voyez notamment Laurent, t. XXI, n° 35. Ils créent ainsi une nullité bâtarde, qui présente des caractères mélangés : relative en principe, elle devient absolue à certains égards, ce qui fait d'elle une nouveauté inconnue dans notre droit.

D'autres, plus hardis, adoptent en entier le système de la jurisprudence. Voyez notamment Guillouard, t. I, n° 316. Cette opinion sera bientôt universelle, la jurisprudence étant très suffisamment motivée en droit et très utile en fait. Comp. Japiot, note sous trib. de Quimperlé, 23 nov. 1910, P. et S. 1910. 2. 257.

B. — Conséquences de la nullité.

** **840. Application du régime légal.** — Quand leurs conventions matrimoniales sont nulles, les époux sont traités comme s'ils n'avaient pas fait de contrat et soumis par suite au régime légal de la communauté (art. 1393 et 1400. — Cass., 16 nov. 1858 et 26 juill. 1859, S. 59. 1. 385 et 849).

Réfutation de l'opinion contraire. — Cette conséquence certaine et

constante en pratique a été cependant contestée par M. Demolombe, pour le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, en cas d'annulation de son contrat (t. III, n° 22 ; t. VIII, n° 740). Selon cet auteur, la communauté devrait être écartée parce qu'elle entraîne l'aliénation des meubles et de l'usufruit des immeubles, qui tombent dans la masse commune ; or le prodigue est incapable d'aliéner (art. 499 et 513) ; par suite, le seul régime possible pour lui, à défaut d'un contrat de mariage valable, doit être la séparation de biens. — L'interdiction d'aliéner faite au prodigue vise les aliénations ordinaires, ventes et donations, qui seules ont pu paraître dangereuses pour lui. Au contraire la communauté légale, réglée par la loi elle-même, est considérée par le législateur comme le meilleur régime possible en l'absence de conventions particulières. D'ailleurs les termes absolus de l'art. 1400, qui établit la communauté légale « à défaut de contrat », comprennent aussi bien le cas du contrat nul que l'absence de tout contrat, ce qui impose la solution commune.

841. Responsabilité du notaire. — L'annulation du contrat de mariage engage la responsabilité du notaire, lorsqu'elle est due à une faute de sa part (Cass., 21 oct. 1908, P. et S. 1908. 1. 449). Sur l'étendue de cette responsabilité, voyez Cass., 3 mars 1909, D. 1911. 2. 171, P. et S. 1910. 2. 76.

***842. Maintien possible des donations.** — Tel est l'effet direct et général de la nullité, le régime choisi et organisé par les époux ne leur est pas appliqué ; mais ce naufrage du contrat de mariage n'est pas toujours absolu. Les conventions, qui étaient étrangères au régime adopté, peuvent survivre et produire leur effet, *si les conditions de validité qui leur sont nécessaires se trouvent remplies*. Ainsi une constitution de dot faite à l'un des époux vaudra comme donation à son profit si les règles des donations ordinaires ont été observées. A la vérité, ceci n'arrivera pour ainsi dire jamais parce que la donation exige la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires dont on ne se met point en peine pour les contrats de mariage (ci-dessus, n° 807). Comp. Montpellier, 16 déc. 1901, D. 1907. 2. 241, note de M. Capitant, S. 1905. 2. 185, note de M. Hémard. Mais la règle que nous indiquons ici à propos des donations pourrait à l'occasion recevoir son application à des conventions d'un autre genre insérées dans le contrat de mariage, si leur nature propre ne requiert pas de solennité particulière (Nîmes, 25 mai 1857, S. 57. 2. 609).

Pour les donations elles-mêmes, l'absence de leurs conditions habituelles de forme ne les empêchera pas toujours de valoir. Ainsi une constitution de dot, faite en argent ou en meubles, vaudra comme don manuel si la remise effective en a été faite à l'époux doté. Mais naturellement les valeurs ainsi données échapperont au régime dotal, si c'est lui qui avait été choisi, et cette dot sera aliénable et saisissable selon le droit commun.

Ceci ne contredit pas ce qui a été dit plus haut pour le cas de caducité. Quand le contrat de mariage est caduc, les donations tombent parce que le mariage n'a pas lieu et qu'elles sont subordonnées à sa célébration. Ici nous supposons que le mariage a été célébré régulièrement et que le contrat de mariage est seul annulé. La célébration du mariage suffit à maintenir les donations.

*843. **Hypothèse inverse.** — Il peut arriver que certaines conventions étrangères au régime matrimonial, qui avaient été insérées dans le contrat de mariage, se trouvent nulles sans que celui-ci soit atteint. En voici un exemple : un mineur fait son contrat de mariage avec l'assistance régulière des personnes qui doivent l'assister d'après l'art. 1398, mais on profite de ce contrat pour lui faire vendre un immeuble à un tiers sans les formalités ordinaires de la tutelle (autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal). La vente est nulle en vertu des principes du droit commun, mais le contrat de mariage, régulier en lui-même, subsiste intact (Limoges, 29 janv. 1879, D. 80. 2. 255, S. 79. 2. 232). Il y a d'autres arrêts plus anciens, car cela se voit quelquefois. Voyez pour une donation annulée, le régime choisi par les époux subsistant, Cass., 30 nov. 1908, D. 1909. 1. 418.

C. — Exécution des contrats de mariage nuls.

*844. **Impossibilité de la confirmation.** — Un contrat de mariage nul n'est pas susceptible de confirmation[1]. On aura beau s'y conformer, son exécution ne vaudra jamais confirmation tacite. Il faut qu'il soit refait à temps, c'est-à-dire avant la célébration du mariage, et avec toutes les formes et conditions requises. C'est alors un nouveau contrat. En tout cas, la célébration du mariage ne saurait être considérée comme une confirmation tacite, car elle est un acte indépendant et non pas l'exécution du contrat de mariage.

*845. **Période postérieure à la dissolution du mariage.** — Tout nul qu'il est, un contrat de mariage peut recevoir son exécution définitive après que le mariage est dissous, pour la liquidation des droits et reprises des époux. A cette époque, le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé, ou les deux conjoints, s'il y a eu divorce, sont libres de régler leurs intérêts conformément à ses dispositions, s'ils le veulent. Un pareil règlement n'est pas la confirmation du contrat de mariage, car il ne saurait y avoir de confirmation pour un acte qui n'existe pas, ni de conventions

[1] Il y a eu quelques arrêts en sens contraire, rendus à propos des contrats faits par les parents des futurs époux, en l'absence de ceux-ci (ci-dessus, n° 781). Voyez notamment Toulouse, 15 juin 1844, D. 45. 4. 110, S. 49. 2. 133 ; Montpellier, 3 juill. 1847, D. 47. 2. 144. Mais ces arrêts rendus avant 1855, époque où la Cour de Cassation a établi sa jurisprudence sur le caractère nécessairement absolu des nullités du contrat de mariage, n'ont actuellement aucune autorité.

matrimoniales pour un mariage qui n'existe plus. C'est une convention spéciale et nouvelle, qui vaut comme transaction entre personnes libres de disposer de leurs droits et d'en régler la liquidation sur les bases qui leur conviennent (Cass., 10 avril 1866, D. 66. 1. 350, S. 66. 1. 190).

CHAPITRE III

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA DOT

846. Insuffisance des textes. — Voici encore une théorie générale, commune à tous les régimes, et dont il y a lieu de s'occuper dès maintenant. La loi ne contient nulle part de dispositions générales applicables à la dot ; c'est une théorie qui n'est pas faite dans le Code. On ne trouve que des dispositions isolées, éparses, parfois contradictoires et beaucoup de lacunes et d'omissions.

§ 1. — *Définition et caractère de la dot.*

****847. La dot au sens étroit.** — Le mot « dot » a deux sens, l'un étroit, l'autre large. Au sens étroit, qui est le plus fréquent, la dot est le *bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.* C'est la formule que donne l'art. 1540, à propos du régime dotal, et elle est exacte pour tous les régimes. Mais il faut pour cela donner un sens particulier au mot « apporte » : il ne s'agit pas de ce que la femme apporte d'une manière vague, de ce qu'elle possède ; il s'agit de biens dont le mari obtient la jouissance, dont il gagne les revenus. Il faut donc, pour qu'il y ait *dot*, que la femme ait transféré à son mari, soit la propriété, soit tout au moins la jouissance. Dans ce premier sens la constitution de certains biens en dot est une convention entre futurs époux.

****848. La dot dans les différents régimes.** — Tous les régimes ne comportent pas la présence d'une dot.

Sous le *régime de la communauté,* à tous ses degrés, *tous les biens de la femme sont dotaux,* puisque la communauté, représentée par le mari, a la jouissance de tous les revenus des époux.

Il en est de même sous le *régime sans communauté,* dans lequel cette jouissance universelle des revenus de la femme appartient au mari en son propre nom.

Sous le *régime dotal,* il n'y a de dotaux que les biens qui sont déclarés tels par le contrat de mariage ou par la loi. Ainsi, chose singulière, la dot, qui a donné son nom à ce régime, peut très bien y faire défaut, si aucun

bien n'a fait l'objet d'une constitution dotale. Ce régime se confond alors avec la séparation de biens.

Enfin sous le *régime de séparation de biens*, il n'y a pas de dot du tout : le mari n'acquiert la jouissance d'aucun des biens de sa femme. Mais la dot est ici remplacée par une obligation légale, imposée à la femme, de contribuer aux charges communes pour une portion de ses revenus, fixée à *un tiers* par la loi (art. 1537) [1].

* **849. La dot au sens large.** — Dans son sens large, le mot « dot » a une tout autre signification. Il désigne les biens qui sont donnés aux futurs époux par leurs parents ou par des tiers pour les aider à se marier (art. 1438-1440). En ce sens, le futur époux peut être doté, aussi bien que la future épouse, et la constitution de dot est une convention entre l'un d'eux et un tiers.

* **850. Distinction des deux emplois du mot.** — On ne discerne pas assez, en général, le double sens du mot « dot », et c'est la cause principale des obscurités qui enveloppent cette matière. Si l'on veut s'y reconnaître, il faut s'attacher à la distinction suivante.

Lorsque la dot met en relations *l'un des époux et un tiers,* sa constitution est une *libéralité,* et elle peut intervenir aussi bien au profit du mari qu'au profit de la femme.

Lorsque la dot met en relations *la femme et le mari,* elle n'est nullement une libéralité ; mais elle émane alors nécessairement de la femme, et sa constitution ne pourrait pas se faire en sens inverse ; venant du mari elle ne se comprendrait pas puisqu'elle est par définition apportée à celui-ci (ci-dessus, n° 847).

On devrait réserver le nom de « dot » pour l'apport fait au mari par la femme, et se servir de l'expression « donation à cause de noces » pour les libéralités faites aux époux par des tiers. Ce langage serait beaucoup plus clair. Mais le plus souvent c'est à la femme que la libéralité est adressée et elle lui est faite pour devenir sa dot au sens étroit ; il y a alors une double opération : donation à la femme par un tiers et apport par celle-ci au mari. De là la confusion de mots qui s'est produite.

851. Observation. — Ce qui suit concerne uniquement la dot au sens large, c'est-à-dire les libéralités faites aux époux en vue de leur mariage. Tout ce qui a trait aux relations du mari et de la femme, c'est-à-dire à la détermination des biens dotaux et à l'étendue des droits du mari sur la dot, trouvera naturellement sa place dans l'étude de chaque régime.

* **852. Caractère facultatif de la constitution de dot pour les**

[1] MM. Aubry et Rau reconnaissent que la clause de séparation de biens et la paraphernalité de tous les biens de la femme sont exclusives de l'idée de dot (t. V, § 500, p. 221, texte). Il en est de même de M. Guillouard (t. I, n° 134). Au contraire, MM. Colmet de Santerre (t. VI, n° 9 *bis*-IV) et Laurent (t. XXI, n° 157) considèrent comme une dot cette contribution de la femme aux charges du ménage.

parents. — C'est un principe de notre droit moderne que les parents ne sont pas tenus de doter leurs enfants. L'art. 204 dit : « L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » Ce texte est conforme à notre tradition coutumière : « Ne dote qui ne veut », disait un vieil adage.

Il en était autrement en droit romain. D'après une constitution qui remontait au temps des Antonins (*Dig.*, liv. XXVIII, tit. 2, fr. 19), le Préteur forçait le père à doter sa fille. Cette règle avait été maintenue dans nos pays de droit écrit (Roussilhe, *Traité de la dot*, édit. Sacaze, p. 8), et les Parlements, notamment à Toulouse (arrêts du 13 août 1587 et du 13 juin 1612) et à Bordeaux (arrêt du 6 avril 1604) la faisaient respecter. En 1804 le système coutumier l'emporta, non sans une vive discussion (Fenet, t. IX, p. 59-66).

853. Existence d'une obligation naturelle. — « Il n'existe pas d'action », ce qui veut dire que l'obligation de doter a cessé d'être une obligation civile, mais subsiste-t-elle à l'état d'*obligation naturelle* ? Quelques auteurs l'ont nié (Rodière et Pont, t. I, n° 96 ; Laurent, t. XXI, n° 159), mais l'opinion la plus générale en reconnaît l'existence (Aubry et Rau, t. V, § 500, p. 223, texte et note 6 ; Demolombe, t. XXIV, n° 351). L'intérêt de la question apparaît seulement au cas où les parents ont promis une dot par acte sous seing privé. Leur engagement est valable, puisqu'il y a obligation naturelle, comme promesse d'exécution ; sinon il serait nul, faute d'être revêtu des formes requises pour les libéralités entre vifs. Toutefois ceci suppose que le montant de la dot promise est *déterminé dans l'acte* ; s'il s'agissait d'une promesse de dot, en termes vagues, elle ne serait pas obligatoire, faute d'un objet certain (Cass., 10 déc. 1842, D. 42. 1. 88, S. 43. 1. 335). — Un arrêt a cependant décidé que le devoir moral des parents de doter leurs enfants ne constituait pas une obligation naturelle (Montpellier, 16 déc. 1901, D. 1907. 2. 241, S. 1905. 2. 185, avec des notes intéressantes de MM. Capitant et Hémard), mais j'estime que c'est à tort[1].

****854. Conséquence de la nature de la dot.** — Entre le constituant et l'époux doté, la dot est une *donation*[2]. Il en résulte qu'elle est.

[1] Ce qui a décidé la Cour de Montpellier à abandonner la solution traditionnelle, c'est que la constitution de dot est soumise à certaines règles qui supposent en elle le caractère de libéralité, notamment à la *réduction* et au *rapport*. Cette observation a paru décisive. On a cependant cherché à maintenir la solution traditionnelle qui était avantageuse et qui apportait un adoucissement utile aux sévérités de la loi française sur les formes solennelles des donations : elle permettait de maintenir la promesse de dot faite en dehors d'un contrat de mariage ou dans un contrat de mariage nul pour vice de forme. M. Capitant, dans sa note au *Dalloz* (1907. 2. 241), a donc soutenu qu'il n'y avait pas incompatibilité entre l'idée de *libéralité* et l'idée d'*obligation naturelle*, et que *l'animus donandi* peut coexister avec l'existence d'un devoir de conscience : ainsi une personne pourrait se trouver moralement tenue, à titre d'obligation naturelle, de faire une libéralité. — J'estime que cette combinaison de deux idées contradictoires est impossible ; ce serait renverser et détruire par la base toute la notion d'obligation naturelle : ce qui est *paiement* n'est pas une *libéralité*. Je raisonnerais autrement. La règle du rapport et de la réduction suppose la pluralité d'enfants ; si l'enfant doté est seul, il n'y a ni rapport ni réduction, et rien n'oblige alors à voir une libéralité vraie dans la constitution de dot ; s'il y a des frères et sœurs, le rapport et la réduction s'expliquent par un devoir spécial des parents. Ceux-ci ne sont pas seulement tenus de doter leurs enfants selon leurs moyens ; ils sont en même temps *tenus de maintenir l'égalité entre eux*. Il en résulte que, s'ils ont constitué à l'un de leurs enfants, une dot excessive, tout ce qui dépasse la juste mesure est restituable aux autres, parce que cela leur était *dû à eux-mêmes*. Il n'y a donc aucune difficulté à expliquer le rapport et la réduction, dans le cas de constitution d'une dot trop considérable, tout en considérant les parents comme tenus d'une obligation naturelle. En d'autres termes, le devoir du père consiste à mettre immédiatement à la disposition de l'enfant qui se marie une part au moins de ce qui reviendra à celui-ci dans la succession paternelle.

[2] Voyez toutefois ce qui est dit des solutions de la jurisprudence aux n°s 867 et 884, ci-dessous.

comme toutes les donations en général, *révocable* pour les causes déterminées par la loi, *rapportable* à la succession du constituant, et *réductible* au cas où elle entame la réserve. A propos des causes de révocation, je me bornerai à faire observer que la constitution de dot n'est *pas révocable pour ingratitude du donataire*, parce qu'elle fait partie du groupe des donations faites en faveur de mariage, qui échappent à cette cause de révocation (art. 959). Pour le cas de réduction, il n'existe aucune règle spéciale. Mais l'hypothèse du rapport donne lieu à diverses difficultés. Voyez ci-dessous, n°s 875 et suiv.

En outre la constitution de dot est soumise aux droits de mutation très élevés qui frappent les libéralités entre vifs. Sur les fraudes que commettent parfois les constituants en simulant un apport personnel fait par l'enfant lui-même pour échapper aux droits, voyez *Solution de l'administration de l'enregistrement*, du 12 novembre 1898, D. 1900. 2. 390.

§ 2. — *De la constitution de dot.*

***855. Distinction.** — Lorsque la dot est constituée *par un étranger*, c'est-à-dire par une personne autre que les père et mère, sa constitution est entièrement régie par le droit commun des donations. Il y a au contraire des textes spéciaux pour les constitutions de dot émanant des *père* et *mère* ou de l'un d'eux.

856. Cas où l'enfant a des biens propres. — Dans l'art. 1546, la loi formule la règle suivante : lorsque l'enfant doté a des biens propres, ces biens ne s'imputent pas en principe sur la dot qui lui est constituée ; sa dot doit être prise sur les biens de ses parents qui la lui ont promise, ce qui est assez naturel. Toutefois la loi réserve l'effet des stipulations contraires, qui sont assez fréquentes. Souvent on convient que la fortune propre à l'enfant viendra en déduction de la dot et le constituant s'engage seulement d'une façon subsidiaire à en fournir le complément. La règle écrite dans l'art. 1546 n'est donc qu'une interprétation de volonté.

Bien que cet article soit placé dans le chapitre « Du régime dotal », il doit être étendu à tous les régimes ; sa décision est conforme aux principes généraux du droit.

A. — Dot constituée par les père et mère conjointement.

***857. Répartition de la dot entre les constituants.** — En pareil cas la dot est due par les deux parents pour des parts égales. Chacun en paiera la moitié, à moins qu'ils n'aient fixé un autre mode de répartition. Ceci est dit dans l'art. 1438, pour le cas où les constituants sont *communs en biens*, et dans l'art. 1544, al. 1, s'ils sont *mariés sous le régime dotal*. Il y a encore lieu de généraliser ces deux décisions, pour les appliquer quel que soit le régime des constituants.

Il résulte de là que, lorsqu'une dot a été promise conjointement à un enfant commun par deux époux mariés sous le régime de la communauté, tout est terminé si cette dot lui est fournie *en effets communs*, tandis qu'il y a lieu à un recours de l'un des époux contre l'autre, si cette même dot est fournie à l'enfant au moyen d'immeubles ou de valeurs propres à un seul de ses deux parents. Ce recours est ouvert pour la moitié de

ladite dot, eu égard à la valeur des biens donnés au jour de la donation (art. 1438, al. 2).

858. Promesse solidaire. — Si les père et mère se sont engagés *solidairement* envers leur enfant, celui-ci aura bien action pour le tout contre chacun d'eux, mais, dans les rapports des constituants entre eux, la répartition devra encore se faire par moitié. Par suite, si la dot est fournie en biens personnels à l'un des parents, son conjoint lui doit une indemnité, quel que soit leur régime matrimonial, de façon qu'en définitive la charge de la dot se divise également entre eux.

859. Obligation personnelle de la mère. — Cette obligation de fournir la dot est personnelle pour moitié à chacun des constituants. Ainsi quand ils sont communs en biens et que la dot a été fournie en valeurs communes, s'il arrive plus tard que la femme du constituant renonce à la communauté, elle devra néanmoins rembourser à son mari la moitié de la dot constituée à l'enfant. C'est la conséquence de l'effet produit par la renonciation de la femme : tous les biens communs sont réputés appartenir au mari seul ; il se trouve donc, en définitive, que la dot a été fournie tout entière aux dépens du mari, et sa femme, même renonçante, n'a pas pu s'affranchir d'une obligation qui lui était personnelle. Telle était déjà la solution donnée par Pothier (*Communauté*, n° 649).

Il en serait toutefois autrement si la dot avait été mise à la charge de la communauté, pour être prise sur les biens personnels des époux seulement au cas d'insuffisance de la communauté : la mère se trouve affranchie de son obligation par sa renonciation à la communauté (Agen, 23 mai 1865, S. 65. 2. 191). Il y a sur ce point quelques difficultés (voyez Guillouard, t. I, n° 144).

B. — Dot constituée par un seul des deux parents.

860. Distinction. — Lorsque la dot est constituée par un seul des deux parents, on doit faire une distinction, suivant que l'autre parent est *encore vivant* ou *déjà décédé*.

861. Cas où l'autre parent survit. — Quand les deux parents sont vivants et que la dot est constituée par l'un d'eux seulement, celui-ci est ordinairement le père. Pour ce cas, la loi donne dans deux textes différents (art. 1439 et 1544, al. 2) des solutions qui ne concordent pas : elle distingue selon que les constituants sont mariés sous le régime de communauté ou sous le régime dotal, mais la différence entre ses deux solutions se comprend, quand on songe aux principes opposés qui gouvernent ces deux régimes.

En principe, l'obligation est personnelle à celui des deux parents qui seul a constitué la dot, l'autre n'en est pas tenu. C'est ce que dit l'al. 2 de l'art. 1544; mais cela n'est entièrement vrai que sous le régime dotal, dans lequel les obligations contractées par le mari n'obligent jamais la femme. Quant au régime de communauté, il faut tenir compte des règles qui lui sont propres : le mari a le pouvoir d'obliger la communauté ; par suite, quand il promet une dot à son enfant, sa femme en est tenue pour moitié, comme commune en biens avec lui, et la femme ne peut s'affranchir de cette obligation qu'en renonçant à la communauté. C'est encore tout ce que dit l'art. 1439 qui met la dot constituée par le mari seul à la charge de la communauté, c'est-à-dire pour moitié à la charge de la femme, à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il s'en chargeait pour le tout ou pour une portion plus forte que la moitié.

862. Cas où l'autre époux est prédécédé. — Le principe est que le survivant seul est tenu de la dot, mais son application est souvent modifiée par des conventions particulières. Souvent la dot est constituée par lui « tant en biens paternels que maternels » et le sens de cette formule a besoin d'être déterminé. Lorsque le contrat n'a rien spécifié sur la part de chacun, la dot se prend d'abord sur les biens du parent prédécédé, c'est-à-dire sur les droits que le futur époux a dans la succession, et si ces droits ne suffisent pas à parfaire la dot, le survivant doit prendre le surplus sur ses biens personnels (art. 1545).

Quand les portions ont été déterminées, la dot ne se prend sur la succession du prédécédé que jusqu'à concurrence du chiffre indiqué, mais il peut arriver que la succession ne suffise pas à fournir la portion mise à sa charge, et on se demande alors si le constituant

est tenu de fournir, outre sa part propre, ce qui manque sur l'autre portion ? En général on admet l'affirmative, car en promettant la dot il doit connaître la consistance de la succession de son conjoint ; on présume qu'il a voulu garantir à son enfant la somme totale (Rodière et Pont, t. I, n° 100 ; Aubry et Rau, t. V, § 500, note 14).

§ 3. — *Du paiement et de la garantie de la dot.*

A. — Paiement de la dot.

* **863. Interprétation d'une clause usuelle.** — Beaucoup de contrats de mariage portent que la *célébration du mariage vaudra quittance de la dot,* ou ce qui revient au même que, par le seul fait de cette célébration, *le mari demeurera chargé des apports de la femme.* Cette clause a pour but de dispenser les époux de rédiger une quittance pour constater un versement qui s'effectue souvent au dernier moment, au milieu des préoccupations et des cérémonies du mariage. Mais des difficultés se sont élevées pour déterminer l'effet de cette clause, lorsque le mariage est célébré sans que la dot ait été réellement payée. Il a d'abord été jugé qu'elle créait une présomption indestructible du paiement de la dot, à l'égal d'une preuve écrite (Dijon, 7 mai 1862, D. 62. 2. 174, S. 63. 2. 34). N'est-il pas inique de refuser toute action à l'époux doté, alors qu'il a pu croire à un simple retard, et espérer que la dot lui serait prochainement versée ? De plus, la clause contenue dans le contrat de mariage ne peut avoir la force probante d'une preuve littérale, car elle a été écrite à un moment où la dot était encore due, et on ne dresse pas la preuve d'un fait avant qu'il soit accompli, ou bien l'écrit qui est alors dressé n'en fait pas preuve. On doit donc réserver à l'époux le droit de prouver que la dot ne lui a pas été versée, et il fera cette preuve par tous les moyens possibles. Le seul effet de la clause ci-dessus rapportée est donc de déplacer la preuve, en attachant au fait de la célébration du mariage la force d'une présomption simple, qui dispense le constituant de rapporter une quittance en règle quand il se prétend libéré. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est fixée (Cass., 22 août 1882, D. 83. 1. 296, S. 83. 1. 25 ; Cass., 7 mai 1884, D. 84. 1. 285, S. 85. 1. 28 ; Nancy, 7 nov. 1896, D. 97. 2. 46 ; Cass., 21 oct. 1913, P. et S. 1914. 1. 390. — Comp. *Revue critique,* 1883, p. 670).

864. Présomption de paiement. — Dans un cas particulier, en faveur du régime dotal, la loi établit au profit de la femme une présomption de paiement de la dot qui lui permet d'en réclamer la restitution sans avoir rien à prouver (art. 1569). Sur cette présomption, voyez ci-dessous, n° 1645. Elle ne s'applique sous aucun autre régime : c'est un texte exceptionnel spécial à la femme dotale (Dijon, 11 mai 1888, S. 88. 2. 239).

865. Cours des intérêts. — La dot porte intérêt de plein droit à compter du jour du mariage, sans distinguer si elle est constituée par un tiers ou par les parents (art. 1440 et 1548). On sait que, d'après le droit commun (art. 1153), les créanciers de sommes d'argent n'ont droit aux intérêts moratoires que du jour de la sommation, sauf dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. La constitution de dot est un de ces cas exceptionnels, parce que la dot est destinée à subvenir aux frais du ménage et que le

retard de son paiement est toujours préjudiciable aux époux. Il y en a un double motif : la loi n'a pas voulu obliger des enfants à agir en justice contre leurs parents ; de plus, le constituant est censé avoir voulu assurer aux futurs époux les revenus de la dot dès le jour du mariage, puisqu'ils en ont besoin pour vivre.

Les intérêts courent, dit le texte, encore qu'il y ait terme pour le paiement, mais une stipulation spéciale peut en dispenser le constituant.

La double disposition des art. 1440 et 1548 suppose une dot promise en argent. Si la dot se compose en tout ou en partie d'objets qui ne rapportent ni intérêts ni aucune espèce de fruits, comme des meubles meublants, le retard du constituant ne l'oblige à payer des dommages et intérêts que sous les conditions du droit commun, c'est-à-dire après mise en demeure et au cas de préjudice prouvé.

866. Prescription des intérêts. — Malgré la faveur dont jouit la dot, ses intérêts restent soumis à la prescription de cinq ans établie par l'art. 2277 (Toulouse, 14 déc. 1850, D. 51. 2. 85, S. 51. 2. 102).

B. — Garantie.

***867. Existence de la garantie.** — Toute personne qui constitue une dot est tenue de l'obligation de garantie (art. 1440 et 1547). Ceci est une autre exception au droit commun. En règle générale un donateur n'est pas garant de ce qu'il donne, si ce n'est à raison de son fait personnel. En matière de dot la garantie est due en vertu de la loi et par l'effet d'une présomption de volonté. La dot n'est pas une libéralité ordinaire, elle a une destination obligatoire et doit servir à l'acquittement des charges que le mariage fait naître. Il est donc naturel de présumer que le constituant en a voulu assurer le bénéfice à l'époux doté par lui, en le garantissant contre toute éviction. En ce sens, Demolombe, t. XX, n° 546, Guillouard, t. I, n° 161.

D'anciens arrêts expliquaient autrement l'existence de la garantie : ils disaient que la constitution de dot est un acte à titre onéreux (Cass., 22 nivôse an X, S. chr. 1. 1. 577 ; Rouen, 3 juill. 1828, S. chr. 9. 2. 110). Cette base est fausse, comme on l'a vu par l'analyse de la constitution de dot (ci-dessus, n° 850). Comp. Cass., 14 avril 1908, P. et S. 1912. 1. 393, et la note de M. Charmont.

***868. Personnes tenues de la garantie.** — « Toute personne... », dit la loi. Par conséquent la femme est garante de la dot, quand elle se constitue en dot ses propres biens.

Toutefois le principe qui oblige le constituant à garantie peut être contrarié par une autre règle : c'est que la garantie n'a pas lieu dans les transmissions qui ont pour objet une *universalité* (arg. art. 1696). Or la femme peut se constituer en dot tous ses biens ou une partie de ses biens à titre universel. Par exemple, sous les régimes de communauté ou sans communauté, tous les biens de la femme sont dotaux, au moins pour la jouissance ; sous le régime dotal, la constitution de dot peut porter sur tous les biens présents et à venir. En ce cas le mari n'acquiert de droits sur les biens de la femme que dans l'état où ils se trouvent et aucune garantie ne lui est due s'il vient à subir l'éviction d'un bien particulier.

***869. Personnes ayant droit à garantie.** — Il faut se rappeler le

caractère complexe de la constitution de dot et la distinction indiquée ci-dessus au n° 850, qui seule permet de résoudre toutes les difficultés dont cette théorie est remplie. Quand la constitution est faite par un tiers au profit de la femme, il y a au fond de cet acte unique un double contrat : 1° une *donation faite à la femme,* par ses parents ou par un tiers ; 2° un *apport à la dot* fait par la femme au mari. Par conséquent ce n'est pas le mari qui est donataire direct, c'est la femme ; le mari tient la dot de celle-ci et non du constituant. Il est donc un *ayant cause* de sa femme, à peu près dans la même situation qu'un *sous-acquéreur*. Il faut en conclure que la garantie est due d'abord par le constituant à la femme, puis par la femme à son mari. Le mari peut même, comme tout cessionnaire, remonter par l'action en garantie jusqu'au constituant, en agissant du chef de sa femme.

870. Étendue de la garantie. — Cette garantie se détermine d'après les principes du droit commun. Domat étendait à ceux qui constituent une dot « les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou transportent » (*Loix civiles*, liv. I, tit. X, sect. 2, n° 24). On ne peut cependant pas étendre à la dot l'art. 1631, qui oblige le vendeur à restituer, à tout événement, le prix qu'il a reçu, même quand la chose a diminué de valeur depuis la vente ; car il n'y a pas eu de prix stipulé. Par conséquent l'obligation du garant se réduit toujours à indemniser l'époux de la valeur qu'avait, au moment de l'éviction, l'objet qui lui a été enlevé par un tiers.

La garantie est due pour une créance sur un insolvable, qui a été donnée en dot (Cass., 14 avril 1908, D. 1910. 1. 457).

§ 4. — *De la dot constituée sous forme de rente.*

***871. Avantage du procédé.** — Il arrive fréquemment que les parents, au lieu de fournir une dot en biens fonds ou en valeurs mobilières, c'est-à-dire en *capital*, s'engagent simplement à servir une *pension annuelle* proportionnée à leur fortune. C'est un procédé commode qui évite d'aliéner ou de morceler des domaines, et qui, de plus, met l'enfant doté à l'abri de beaucoup de risques. D'autre part un grand nombre de pères, en mariant leur fille, hésitent à mettre immédiatement un capital considérable à la disposition de leur gendre, surtout quand celui-ci s'occupe d'affaires ou de spéculations capables d'engloutir la fortune de sa femme. Mais ces rentes promises à titre de dot ont soulevé dans la pratique diverses questions délicates, qui font l'ojet des numéros suivants.

Bibliographie. — R. Régis, *De la rente viagère constituée en dot*, thèse, Paris, 1908.

***872. Effet de la mort de l'un des conjoints.** — On s'est demandé d'abord si la rente doit continuer au profit du survivant, quand l'un des deux époux vient à mourir. Une distinction s'impose. Si c'est l'*époux doté qui*

survit, la rente constituée à son profit doit lui être servie sa vie durant, et même après la dissolution du mariage. Le mariage a créé pour cet époux des charges qui ne s'éteignent pas quand il se dissout, alors même qu'il n'en resterait pas d'enfants. La rente a été constituée à l'occasion du mariage, mais non pas seulement pour sa durée. Comp. GUILLOUARD, t. I, n° 159.

Si c'est l'*époux doté qui meurt*, la rente doit s'éteindre, au moins en principe, car elle doit être traitée comme établie en considération de la personne et par suite comme *viagère*. Par exception, on peut admettre que le conjoint survivant y a encore droit s'il y a des enfants, mais ceci est l'effet de la *réversibilité* de la rente dont il est question dans les numéros suivants. Ces règles ne s'appliquent d'ailleurs qu'en l'absence de conventions particulières qu'on manque rarement de faire.

* **873. Convention de réversibilité.** — La rente dotale peut être stipulée réversible, après la mort de l'époux doté, au profit des enfants à naître du mariage. La rente, étant viagère, est destinée à s'éteindre par la mort de l'époux ; si on veut en faire profiter les enfants, il n'y a qu'un moyen pratique d'y réussir : c'est de constituer la rente au profit de l'époux doté, mais *sur la tête du constituant*. On sait qu'une rente est constituée sur la tête d'une personne, quand c'est cette personne qui doit par son décès déterminer l'extinction de la rente (voyez t. II, n° 2122). Dès lors, voici comment les choses se passeront. Si le père donateur meurt avant l'époux doté, la rente s'éteint, mais l'époux doté n'y perd rien, car il recueille la succession de son père et perçoit désormais comme propriétaire les revenus à l'aide desquels sa rente lui était servie. Si c'est l'époux doté qui meurt le premier, la rente ne s'éteint pas, puisque la personne sur la tête de laquelle elle repose, à savoir le constituant, est encore vivante ; cette personne doit donc en continuer le service au profit des enfants de l'époux décédé.

874. Difficulté au point de vue fiscal. — Il y a eu quelques difficultés pour savoir à quel titre les enfants nés du mariage recueillent la rente dotale. La question s'est posée en pratique pour la perception des droits de mutation. La régie prétendait faire payer aux petits-enfants du constituant le droit très élevé qui frappe les donations entre vifs ; elle interprétait la clause du contrat de mariage comme si les petits-enfants étaient personnellement donataires de leur grand-père.

La thèse de la régie n'était pas admissible. S'il s'agissait d'une donation, elle serait nulle, car on ne peut pas faire de donations à des personnes qui ne sont pas encore conçues au jour où l'acte est dressé, comme les enfants à naître du mariage. Cela n'est possible que dans l'hypothèse de l'*institution contractuelle* (art. 1082), qui est une donation de biens à venir, et ce n'est pas ici le cas. Les petits-enfants profitent donc de la rente en qualité d'héritiers de l'époux doté. C'est une rente qui n'était pas bornée à la vie du donataire et qui, par suite, n'est pas encore éteinte ; ils la trouvent dans la succession de leur père ou mère et elle leur est *transmise par dévolution héréditaire*. La conséquence est qu'ils doivent payer sur cette rente seulement le droit de mutation par décès (Trib. de la Seine, 4 avril 1884, D. 85. 3. 101, S. 85. 2. 223).

§ 5. — *Du rapport de la dot.*

A. — Situation ordinaire.

875. Effet des règles du rapport. — Le *rapport* est l'obligation imposée à un héritier qui a reçu une libéralité du défunt d'en reverser le montant à la masse, avant tout partage, quand il accepte cette succession et vient en concours avec d'autres. Le rapport des *meubles* se fait *en moins prenant* (art. 868), c'est-à-dire que le donataire qui succède au donateur impute sur sa part héréditaire les meubles qu'il a reçus et n'a droit qu'à l'excédent de sa part. Le rapport des *immeubles* se fait de deux façons : *en nature,* toutes les fois que le donataire a conservé la propriété du bien ; *en moins prenant,* quand l'immeuble a été aliéné par lui (art. 859 et 860). Quand le rapport d'un immeuble se fait en nature, les droits réels consentis par le donataire sont résolus, à moins que le partage définitif ne fasse tomber cet immeuble dans son lot (art. 865).

Appliquons ces règles du rapport à une dot constituée par un tiers à la femme et apportée par elle à son mari, en supposant d'abord qu'il s'agit d'une dot immobilière. Nous savons qu'en principe la femme reste propriétaire de sa dot ; l'apport qu'elle en fait ne confère au mari qu'un simple droit de jouissance. Le rapport de la dot à la succession du constituant doit se faire en nature, et le mari perd son droit de jouissance sur l'immeuble donné, à moins que ce bien ne revienne à sa femme par l'effet du partage. Le rapport d'un immeuble dotal ne se fera en moins prenant que dans les cas où la propriété en est acquise au mari, conformément à l'art. 1552.

Quand la dot consiste en effets mobiliers ou en argent, le rapport s'en fait toujours en moins prenant.

B. — Dispense exceptionnelle de rapport.

876. Disposition de la loi. — Dans un cas particulier, la femme dotée se trouve dispensée par la loi de faire le rapport de sa dot (art. 1573). Cette dispense profite à la femme lorsque son père l'a mariée à un homme qui était *déjà insolvable au jour du mariage,* et qui n'avait alors *ni art ni profession* qui pût lui tenir lieu de fortune. Exiger de la femme le rapport de la dot qu'elle avait reçue, ce serait faire retomber sur elle les conséquences d'une faute commise par son père ; il est plus juste que la perte retombe sur la succession entière et que les autres enfants en supportent leur part. Aussi la loi dispense-t-elle la fille dotée, qui veut succéder à son père, de rapporter *sa dot,* laquelle est peut-être gaspillée et perdue ; elle l'oblige seulement à rapporter *son action en reprise* contre le mari. De la sorte, les risques de l'insolvabilité du mari sont pour la succession du constituant, qui tirera ce qu'elle pourra de la déconfiture du mari. — Comp. Cass., 4 juill. 1899, S. 1903. 1. 523.

La dispense de rapport n'est justifiée que parce qu'il y a eu *faute du constituant* : un père est inexcusable d'avoir marié sa fille dans de pareilles conditions, sans prendre les précautions nécessaires pour sauvegarder sa dot. Si donc le mari n'était devenu insolvable

que depuis le mariage, ou s'il avait un métier ou une profession qui lui procurait des ressources, la perte de la dot tomberait uniquement sur la femme (art. 1573, al. 2).

877. Cas d'application de l'art. 1573. — L'art. 1573 est une disposition de faveur qui doit s'interpréter restrictivement. D'où la double conséquence suivante :

1° *Il est inapplicable lorsque la dot a été constituée par un autre que le père* ;

2° *Il est propre au régime dotal.* Il se trouve en effet écrit dans le chapitre III, à propos de ce régime. Il y aurait évidemment d'égales raisons d'équité pour accorder la même faveur à une jeune fille qui aurait été mariée sous le régime de la communauté à un homme sans ressources. Cependant l'opinion générale restreint l'application de l'art. 1573 au régime dotal, parce que la règle qu'il contient est empruntée au droit romain (Novelle 97, chap. VI), qu'elle était étrangère aux pays de coutume et n'a été maintenue que pour respecter les habitudes des populations du Midi.

C. — Clauses relatives au rapport des dots.

878. Bibliographie. — Pierre Coirre, *Des clauses d'imputation de la dot sur la succession du prémourant des constituants*, thèse, Rennes, 1904. — Charles Davril, thèse, même sujet, Paris, 1908.

***879. Formules usuelles.** — On trouve fréquemment dans les contrats de mariage une clause relative au rapport de la dot et qui est ancienne puisqu'elle est déjà indiquée par Pothier (*Communauté*, n° 650). On l'emploie quand la dot est constituée en même temps par les père et mère, et elle a pour but de maintenir l'égalité entre les enfants. On stipule que la dot est donnée *en avancement d'hoirie sur la succession du prédécédé*, ou encore que la dot sera *imputée pour le tout sur la succession de prémourant*. Mais, sous cette forme, qui est sa rédaction primitive, la clause est incomplète et risque de produire des conséquences fâcheuses, comme on le verra en étudiant ses effets, et la meilleure formule à employer consiste à ajouter que la dot sera *imputable subsidiairement sur la succession du survivant*. Voyez ci-dessous, n° 881.

***880. Effet au décès du prémourant des constituants.** — Tant que les père et mère qui ont constitué la dot sont tous deux vivants, la clause ne produit pas d'effet. Chacun d'eux reste tenu et peut être poursuivi en paiement du total, s'il y a solidarité ; sinon, de la moitié de la dot, conformément aux règles déjà exposées (ci-dessus, n°s 855-858). C'est seulement quand l'un des constituants est mort que la clause peut recevoir son application.

Dans la grande majorité des cas, la dot est fournie au moment du mariage, de sorte qu'elle se trouve déjà acquittée au jour où l'un des constituants vient à mourir, et qu'il s'agit uniquement d'en régler le *rapport*, et non plus le *paiement*. C'est du reste dans cette prévision que la clause a été écrite. Son effet est alors de rendre la dot *rapportable tout entière à la succession du premier mourant des père et mère*. Celui-là est réputé avoir seul constitué la dot, et l'enfant doté ne peut rien prendre dans sa succession si le chiffre de sa dot atteint ou dépasse sa part héréditaire (Cass., 27 avril 1904,

S. 1905. 1. 81, et la note de M. Esmein). Il se peut même que l'enfant doté, qui rapporte la totalité de sa dot, ne recueille dans la succession qu'une part moindre, de sorte que le rapport effectué par lui le constitue en perte : il retire de la succession moins qu'il n'y a mis.

L'époux doté peut-il alors se retourner contre le survivant de ses père et mère pour lui réclamer tout ce qui lui manque de sa dot ? La Cour de cassation a jugé que, le prémourant étant réputé avoir à lui seul constitué toute la dot, le survivant devait être exonéré de l'engagement pris et que l'enfant n'avait aucune action à exercer contre lui (Cass., 3 juill. 1872, D. 73. 1. 369, S. 72. 1. 201).

***881. Clause d'imputation subsidiaire.** — Cette décision a été vivement critiquée par M. Labbé dans sa note du *Sirey*. Je crois cependant qu'elle a fait une exacte interprétation de la clause du contrat de mariage, qui portait simplement que la dot serait « *imputable en totalité* sur la succession du premier mourant des père et mère de la future épouse ». Mais cette clause était mal rédigée et l'effet qu'elle entraîne, en libérant le survivant de sa promesse par l'effet d'une condition résolutoire, est certainement contraire à l'intention des parties dans la grande majorité des cas. Celles-ci ne cherchent point à donner à la dot une consistance incertaine et variable, dépendant de l'état de fortune futur des constituants, mais seulement à la rendre aussi peu onéreuse que possible pour les constituants et pour les autres enfants non encore dotés. Afin de respecter pleinement l'intention de leurs clients, beaucoup de notaires, surtout à Paris, ont l'habitude de compléter cette clause en disant que la dot sera *rapportable subsidiairement à la succession du survivant*.

Quel est l'effet de cette modification ? Dans la pensée des notaires, elle devrait avoir pour résultat de réduire la part contributive du prédécédé dans la constitution de dot à la valeur de la part héréditaire que l'enfant doté pourra retirer de la succession. L'excédent de la dot sur cette part représente la part de dot qui doit être réputée constituée par le survivant. D'autre part, l'enfant ne devrait pas être astreint à effectuer un *rapport en nature* ; il devrait faire confusion de sa part héréditaire avec la portion de dot qui se trouve ainsi rapportable (rapport en moins prenant) ; quant au surplus, il devrait le conserver également pour le rapporter ultérieurement à la succession du dernier mourant de ses père et mère.

Mais ce n'est pas ainsi que l'interprète la Cour de cassation. D'après elle, la dot ne cesse pas d'être rapportable *en nature* et *pour le tout* à la succession du prémourant. Si cette succession est mauvaise, la dot constituée en avancement d'hoirie se partage donc entre tous les frères et sœurs ; mais, comme l'enfant doté se trouve ainsi en perte par l'effet du rapport, la clause d'imputation subsidiaire oblige l'époux survivant, qui est donateur solidaire,

a rembourser à l'enfant doté la partie de sa dot perdue pour lui ; par application de l'art. 1440, ce remboursement doit être immédiat et le montant en sera rapportable plus tard à la succession du survivant (Cass., 2 mai 1899, D. 99. 1. 505 ; Cass., 28 nov. 1910 et 21 mars 1911, D. 1912. 1. 5, et la note de M. Capitant, P. et S. 1913. 1. 81 ; Rouen, 2 mars 1910, P. et S. 1912. 2. 81, et la note de M. Dalmbert).

882. Conséquence excessive attribuée à la clause. — Prévoyant le cas où l'un des constituants viendrait à mourir avant que la dot ait été payée, divers auteurs décident que l'enfant doté n'a plus aucune action à exercer contre le survivant et doit se contenter de ce qu'il pourra prendre dans la succession du prédécédé. Ils en donnent pour raison que le survivant est désormais réputé étranger à la constitution de dot et libéré de toute obligation personnelle (Guillouard, t. I, n° 148). Ils s'appuient sur un ancien arrêt (Cass., 11 juill. 1814, D. 12. 427, S. chr. 4. 1. 592) où on lit, en effet, que le survivant est censé n'avoir rien donné. Mais sur cela il faut observer : 1° que l'arrêt de 1814 n'a nullement refusé à l'enfant doté une action en paiement et qu'il a statué seulement sur la question de savoir si l'enfant devait rapporter tout ce qu'il avait reçu ; 2° qu'on dépasse certainement la volonté des parties en appliquant au *paiement* de la dot une clause qui n'est écrite que pour en régler le *rapport* et qui dès lors ne doit avoir de valeur et d'effet qu'autant que la dot a été effectivement fournie. C'est bien ainsi que l'entendait Pothier quand il disait que par l'effet de cette clause « le prédécédé est censé avoir seul *donné* le total et le rapport ne s'en fera qu'à sa succession » (*Coutume d'Orléans*, Introd. au titre XVII, n° 86). « Donné » et non pas « promis » : il suppose donc le paiement déjà fait.

Si l'idée d'une résolution de la promesse du survivant était absolument vraie, il faudrait aller jusqu'à dire que, si la dot a été fournie en valeurs communes aux deux époux, le survivant aurait une action en répétition contre l'enfant doté pour tout ce qu'il lui a fourni et c'est une conséquence que personne n'admet (Guillouard, t. I, n° 149). Comp. Cass., 10 juin 1912, D. 1913. 1. 169, et la note de M. Marcel Nast, qui tranche une question analogue.

§ 6. — *De l'action Paulienne en matière de dot.*

A. — Dot de la femme.

***883. Position de la question.** — Quand la personne qui constitue une dot est insolvable, la question s'élève de savoir si les créanciers peuvent agir contre l'époux doté pour lui enlever ce qu'il a reçu, au moyen de l'action Paulienne. C'est une combinaison qui se voit quelquefois : des gens ruinés marient richement leur fille, en lui donnant une belle dot au lieu d'employer leur argent à désintéresser leurs créanciers ; du même coup ils assurent leur propre avenir. Voyez Paris, 31 janv. 1845, D. 45. 2. 50, S. 45. 2. 129. Il faut se rappeler que les conditions de l'action Paulienne varient suivant que l'acte frauduleux attaqué par les créanciers a été fait à titre gratuit ou à titre onéreux ; contre un acquéreur à titre onéreux, les créanciers fraudés ne peuvent réussir qu'en prouvant qu'il a été complice de la fraude commise par le débiteur ; contre un acquéreur à titre gratuit, leur action réussit même quand il a traité de bonne foi. Pour savoir dans quelles con-

ditions l'action Paulienne sera recevable, il faut donc rechercher si la constitution d'une dot se fait à titre gratuit ou à titre onéreux.

884. Jurisprudence. — La jurisprudence est tombée dans une erreur singulière. Elle a voulu protéger les époux contre les réclamations des créanciers et elle a décidé que la constitution d'une dot est *un acte à titre onéreux dans toutes ses parties,* même dans les rapports de l'époux doté avec le constituant. La raison qu'elle donne est que cet époux ne reçoit pas la dot à titre de libéralité pure : on la lui donne *à la condition qu'il se marie,* c'est-à-dire qu'il accepte les charges d'un ménage ; c'est donc une *donation onéreuse*; par suite, les créanciers ne peuvent triompher dans l'action Paulienne qu'en établissant la complicité de l'époux doté (arrêts nombreux : Cass., 25 févr. 1845, D. 45. 1. 174, S. 45. 1. 417 ; Cass., 11 nov. 1878, D. 79. 1. 416, S. 80. 1. 28; beaucoup d'arrêts d'appel) [1].

885. Critique. — Cette jurisprudence aboutit à supprimer presque complètement l'action Paulienne en matière de dot [2]. Comment prouver qu'une jeune fille connaissait le mauvais état des affaires de son père (Demolombe, XXV, nos 212-216)? La jurisprudence protège donc très efficacement les ménages qui se fondent, mais elle sacrifie les droits des créanciers qui sont tout aussi respectables.

D'ailleurs les considérations pratiques ne sont pas tout ; il faut tenir compte aussi des textes et des principes. La question a besoin d'être dédoublée. Prenons d'abord les relations entre l'époux doté et le constituant : il est faux de dire, comme l'affirment les arrêts, que la constitution de dot « participe de la nature des actes onéreux » ; entre ces deux personnes, la constitution de dot est *purement gratuite.* Il est bien vrai que l'époux doté s'oblige à supporter les charges d'un ménage, mais envers qui ? envers son conjoint et non envers son constituant. Il ne prend aucun engagement au profit de ce dernier, de sorte que l'élément essentiel du contrat onéreux manque : une des parties reçoit quelque chose de l'autre et ne lui promet rien en échange. C'est donc un acte gratuit. Voyez en ce sens Aubry et Rau (t. IV, § 313, note 27) et beaucoup d'autres auteurs, ainsi que quelques arrêts (Montpellier, 6 août 1842).

Prenons maintenant l'autre aspect de la question et envisageons les rapports du mari et de la femme. Supposons que les créanciers aient triomphé contre la femme dotée : ils se trouvent en présence d'un *sous-acquéreur,* le mari, qui possède des droits sur les biens frauduleusement soustraits à leur gage. Vont-ils pouvoir l'atteindre, lui enlever la dot, et sous quelles conditions ? Ici la question se pose dans des termes bien différents. Entre la femme et le mari, il est certain que *l'apport de la dot se fait à titre onéreux*; le mari reçoit des revenus et s'engage à les employer d'une manière déterminée. En sa qualité d'ayant cause de la femme, il est donc un sous-acquéreur à titre onéreux qui tient ses droits d'un premier acquéreur à titre gratuit ; mais on sait que les conditions de l'action Paulienne s'apprécient séparément en la personne de chacun des acquéreurs successifs. Ceci tranche la question : le mari, usufruitier de la dot, ne peut perdre son droit de jouissance que s'il a été complice de la fraude. Telle était déjà la solution romaine [3] et notre

[1] La jurisprudence n'a jamais produit un seul bon argument à l'appui de sa solution : certains arrêts disent que la dot se constitue à titre onéreux puisqu'elle fait naître l'obligation de garantie à la charge du constituant. L'argument n'a aucune force, car la garantie peut parfaitement être stipulée par le donataire, et c'est parce qu'elle sous-entend une convention de ce genre que la loi déclare le constituant de la dot tenu à garantie.

[2] On voit cependant des exemples d'annulation (Cass., 22 juill. 1913, P. et S. 1913. 1. 507).

[3] Les jurisconsultes romains remarquaient que, sans la dot, le mari ne se serait pas

jurisprudence l'a conservée en la fortifiant, puisqu'elle l'a étendue même aux rapports de la femme dotée avec le constituant. On peut donc dire qu'en matière de dot la théorie de l'action Paulienne se trouve modifiée en ce qu'un acte de nature mixte est traité comme s'il était à titre onéreux à tous égards[1].

886. Remarque. — Si l'action Paulienne était recevable contre la femme sans l'être contre le mari, la constitution de dot serait annulée à l'égard de la femme seulement, c'est à-dire pour la nue propriété, et la jouissance resterait au mari.

B. — Dot du mari.

887. Jurisprudence. — La même question s'est présentée plus tard à propos de dots frauduleusement constituées au futur époux par des parents insolvables. La Cour de Cassation, persistant dans sa jurisprudence et aggravant même la précision de ses formules, a décidé à deux reprises que la donation faite au futur, en considération du mariage, est *un véritable acte à titre onéreux*, tout aussi bien que la constitution de dot au profit de la femme, et ne peut être annulée qu'autant qu'un concert frauduleux a existé entre toutes les parties intéressées (Cass., 18 janv. 1887, D. 87. 1. 257, S. 87. 1. 97; Cass., 18 déc. 1895, D. 98. 1. 193, S. 96. 1. 72). Ce qu'il y a d'exorbitant dans cette jurisprudence nouvelle, c'est que l'action des créanciers est condamnée à échouer, même quand le futur époux aurait été complice de la fraude commise par ses parents, *par cela seul que sa femme l'aura ignorée* ! La bonne foi de la femme couvre la mauvaise foi du mari. On ne saurait s'élever trop vivement contre un tel oubli des principes. Ajoutons que les Cours d'appel ne paraissent pas suivre la Cour de cassation dans cette voie. La Cour d'Orléans a déclaré nettement que, dans les rapports du père et du fils, la constitution de dot a tous les caractères d'un acte de pure bienfaisance, et que la femme, n'étant pas personnellement donataire, n'a aucun titre pour faire maintenir à son profit cette donation quand elle est frauduleuse (Orléans, 8 juin 1898, D. 98. 2. 284. — Voyez aussi Paris, 27 juill. 1894, D. 95. 2. 32, S. 95. 2. 158).

marié : « Cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit » (Venuleius, au *Digeste*, liv. XLII, tit. 8, fr. 25. § 1). Comparez Julien : « Ex promissione dotis non videtur causa lucrativa esse » (*Digeste*, liv. XLIV, tit. 7, fr. 19).

[1] En Roumanie la constitution de dot est considérée comme à titre onéreux pour le mari, à titre gratuit pour la femme. Le mari ne peut donc être atteint par l'action Paulienne que si sa mauvaise foi est établie (Cass. roum., *Bulletin*, année 1891, p. 177. Alexandresco, p. 92).

LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DE LA COMMUNAUTÉ

888. Bibliographie. — P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, passim. — Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 285 et suiv. — Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, deux fascicules, 1899 et 1900 ; *Le droit des gens mariés*, 1er fascicule, 1906. — Albert Chéron, *Étude sur l'adage Uxor non est proprie socia, sed speratur fore*, thèse, Paris, 1901. — Louis Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse, Paris, 1902. — Typaldo Bassia, *La communauté de biens conjugale dans l'ancien droit français*, Paris, 1903. — Ed. Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux* (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1903). — André Laporte, *Influence du droit romain sur les rapports des époux au moyen âge*, thèse, Paris, 1906. — L'enseignement donné à la Faculté de Paris par M. Lefebvre sur le droit coutumier a provoqué une série de thèses sur *le droit des gens mariés* d'après nos anciennes coutumes. Voyez pour la *Lorraine*, L. Schubert, 1901 ; pour le *Beauvoisis* (d'après Beaumanoir), Ed. Plivart, 1901 ; pour la *Bretagne*, G. Jamont, 1901 ; pour la *Franche-Comté*, Pidoux, 1902 ; pour le *Poitou*, Henry Viollet, 1902 ; pour la *Picardie* (d'après la coutume d'Amiens), Eugène Saguez, 1903 ; pour la *Champagne* (d'après la coutume de Reims de 1556), H. Constantin, 1903 ; pour le *Berry*, H. Mallard, 1905 ; pour l'*Auvergne*, Garrigoux, 1905 ; pour le *Périgord*, Aug. Dumas, 1908.

§ 1. — *Fausses conjectures sur son origine.*

889. Habitudes romaines. — L'histoire de la communauté a été longtemps inconnue, et il reste encore plus d'un point douteux ou obscur. On a inutilement cherché ses origines *dans le droit romain*. Voyez notamment Laurière, *Coutume de Paris*, tit. X, tome II, p. 185. On citait surtout un fragment de Scævola, où il est parlé d'un homme « qui societatem omnium bonorum cum conjuge sua per annos quadraginta habuit » (*Dig.*, liv. XXXIV, tit. I, fr. 16, § 3). Mais il n'y a là qu'une application du contrat ordinaire de société entre deux époux. On trouve une autre allusion au même fait dans une épigramme de Martial à Nigrine, où on lit : « Gaudentem socio participique viro » (IV, 75). Mais nous connaissons assez, par une multitude de textes, les habitudes des anciens pour être sûrs que cet emploi de la société entre époux devait être rare, et la plupart des gens se mariaient sous le régime dotal, qui est un régime de séparation de biens. Comp. Giraud, *Le droit français au moyen âge*, t. I, p. 56.

890. Habitudes gauloises. — D'autres ont cru trouver la communauté chez les Gaulois. Ils s'appuient sur un passage de César, *De bello gallico*, VI, 20 (ou 19)[1].

[1] Voici le passage entier : « Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

César dit que le mari qui a reçu de sa femme « pecunias dotis nomine », en prend autant dans sa fortune propre pour les réunir à ce que lui a donné sa femme : « tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. » Voilà donc une masse commune entre époux : n'est-ce pas l'origine de notre communauté ? César ajoute que cette masse commune devient en entier la propriété du survivant. Il y a évidemment là quelque chose d'étranger aux mœurs romaines, mais ce n'est pas encore la communauté française ; ce n'est qu'*un gain de survie*, et qui porte sur un groupe très limité de biens.

D'autre part, il est certain que César désigne ici, sous le nom de « pecunia », le *bétail*, les *troupeaux*, et non de l'argent. C'est ce que prouvent les mots « æstimatione facta » et « fructus servantur ». Tel est le sens ancien du mot latin « pecunia » (voyez FREUND, h. v°), et cette traduction est conforme à ce que nous savons des races celtiques : ainsi dans les coutumes galloises, l'apport de la femme consistait en bétail : « animalia quæ secum a parentibus adduxit » (*Leges Walliae*, A. II, 20, 33 ; *ibid.*, B. II, 23, 14)[1].

§ 2. — *Origine de la communauté.*

891. Sa source. — Il est vraisemblable que la communauté s'est formée dans le haut moyen âge, peut-être du VIIIe au Xe siècle. Malheureusement les textes que nous possédons sur cette époque sont rares, et ils sont loin de nous éclairer d'une manière complète sur la question. On y voit seulement que les Germains ont considéré de tout temps, comme formant une catégorie à part, les biens que l'on appela plus tard les *conquêts*, c'est-à-dire ceux que le mari et la femme acquièrent ensemble pendant le mariage[2], et que l'usage était que le mari en donnât une partie à la femme, en même temps qu'une partie de ses propres, pour le cas où elle lui survivrait[3]. Ce que la femme obtenait ainsi en vertu d'une *donation* (dotalicium) de son mari a fini par lui être attribué de plein droit, et s'est peu à peu dédoublé : sur les propres du mari, c'est devenu le *douaire*, sur les meubles et les conquêts, la *communauté*. Une différence s'est ensuite établie : sur les meubles et les conquêts, la femme a continué à recevoir sa part en pleine propriété, comme on le voit dans les chartes rapportées en note ; sur les propres de son mari, on ne lui donna plus qu'un simple droit viager, c'est-à-dire un usufruit.

Les idées chrétiennes n'ont sans doute pas été sans influence sur la communauté. Voyez CH. LEFEBVRE, *Le droit des gens mariés*, 1er fascicule.

[1] Cette interprétation du passage de César a été donnée par M. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Recherches sur l'origine de la propriété foncière et des noms de lieux en France*, p. 109-111. Parmi les auteurs qui ont rattaché la communauté aux usages gaulois, voyez surtout GROSLEY, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, 1752, et HUMBERT, *Du régime nuptial chez les Gaulois* dans la *Revue historique du droit français et étranger*, 1858, p. 517. Comp. VALROGER, *Les Celtes et la Gaule celtique*, Paris, 1879, p. 459.

[2] « De omni re quam simul collaboraverint » (*Loi Ripuaire*, titre 37 (*alias* 39), § 2). Sur ce texte, considéré avec raison comme le document capital de l'époque franque sur le droit matrimonial, voyez LEFEBVRE, *Leçons d'introduction*, p. 446 et suiv. — On trouve fréquemment, pendant tout le moyen âge, des exemples de cette « collaboratio ». Par exemple, dans les chartes de Cluny, dans celles de Redon, etc., on voit la femme et le mari acheter et vendre ensemble : « D. viro Witberto et uxore sua Gautsana, emptores, nos... Sigefontis et uxor mea, venditores... » (*Recueil des Chartes de l'abbaye de Cluny*, n° 36. Comp. *Ibid.*, n°s 60, 77, 84, 85, etc.).

[3] Chartes de Cluny, n° 7, de l'an 833 environ : « Quia et racio postulat et consuetudo exquirit ut sponsus sponsam et maritus uxorem dotare debeat, ideo cedo tibi atque dono *per hoc dotalicium* aliquid ex rebus meis, que sunt site in pago Lugdunense (1 manse avec 1 serf). Cedo etiam tibi *terciam partem ex omnibus rebus meis mobilibus quas modo habeo vel in futuro pariter acquirere poterimus*, in omnibus rebus que dici vel nominari possunt. Hæc omnia... trado atque transfundo *perpetualiter*... » Comparez le n° 86, daté de 905 : « Cedo tibi tercia partione de omnes res, facultates meas, quas visus sum abere aut possidere, aut inantea, cum Deo omnipotentis adjutorio *conquirere* aut laborare potuero... sub integro tibi cedo et secundum mea lege manibus tibi trado, *perpetualiter* ad abendum. » Ces chartes ont été aussi publiées par M. THÉVENIN, *Textes... des époques mérovingienne et carolingienne*, Institutions privées, n°s 175 et 176.

***892. Consolidation du droit de la femme.** — Une autre observation doit être faite. Primitivement il semble bien que le droit de la femme soit un simple *gain de survie*. Ainsi la loi Ripuaire ne lui donne son tiers des conquêts qu'autant que le mari meurt le premier, *si virum supervixerit*. Mais de très bonne heure on s'habitua à considérer la femme comme ayant déjà un droit dans les conquêts *du vivant même de son mari*. Déjà, au VIIe siècle, dans les formules de Marculf, on voit la femme disposer de son vivant, au profit de son mari, de sa part dans les conquêts (MARCULF, II, 7 et 17)[1].

893. Quotité du droit de la femme. — Pendant très longtemps la part de la femme n'a pas été fixée d'une manière uniforme. Elle est du *tiers* chez les Ripuaires, dans tout l'Est de la France et dans le *pagus parisiensis* (*Formules de Marculf*). Elle était de moitié chez les Saxons. Voyez VIOLLET, *Établissements de Saint-Louis*, t. I, p. 133. Comp. ZEUMER, *Leges Visigothorum antiquiores*, dans les *Fontes juris germanici in usum scholarum*, Hanovre, 1894, p. 129 : les conquêts (quæ vir et uxor conquirere potuerunt) devaient être partagés proportionnellement à la fortune des deux époux, si l'un d'eux était plus riche que l'autre.

894. Communautés taisibles. — Une habitude très lointaine, qui s'est beaucoup développée au moyen âge, est venue influer fortement sur la formation de la communauté. C'est l'existence d'une sorte de société particulière, appelée *société taisible*, qui se formait entre personnes vivant *à même pot et feu*, au bout d'un an et un jour de cohabitation[2]. Cette société, constante entre vilains, très rare chez les nobles (voyez cependant coutume de Troyes, art. 101), avait lieu même entre personnes non parentes ; à plus forte raison dût-elle recevoir son application aux époux.

L'influence des communautés taisibles sur la communauté conjugale s'accuse surtout par ce double fait :

1° Un grand nombre de coutumes ne faisaient commencer la communauté entre époux, qu'*au bout d'un an et un jour de cohabitation* (Chartres, 57, 61 ; Châteauneuf, 66-70 ; Dreux, 48, 52 ; Lodunois, XXIV, 1, 2 ; Poitou, 231 ; Maine, 508, 509 ; Anjou, 511, 512 ; Grand Perche, 102, 103, 107 ; Bretagne, 424, 469)[3]. On a objecté qu'à l'exception des trois premières, ces coutumes ne connaissaient pas les sociétés taisibles entre gens non mariés. Cela prouve seulement qu'à l'époque où ces coutumes ont été fixées et rédigées, l'usage des sociétés taisibles, qui est une véritable antiquité juridique, était déjà oublié en dehors du mariage, mais la trace de son action est indéniable.

2° La communauté continuait de plein droit, *après la mort de l'un des époux*, entre le survivant et les enfants nés du mariage, à moins qu'il n'y eût inventaire et partage (LAURIÈRE sur LOYSEL, 286). Dans toutes les coutumes cette prolongation n'avait lieu qu'entre roturiers.

C'est Laboulaye qui a le premier signalé le rôle des sociétés taisibles dans l'histoire de la communauté entre époux (*Recherches sur la condition des femmes*, p. 334 et suiv.). — D'après M. Masse (cité au n° 888), la société taisible et la communauté conjugale ne seraient pas la cause l'une de l'autre, mais toutes deux dériveraient d'une source commune, le *Gesammte Hand*.

895. La communauté entre nobles. — Dans notre ancien droit coutumier la diversité est partout. Pour ces courtes indications, je ne puis m'astreindre, comme cela

[1] Dans sa thèse citée ci-dessus (n° 795, en note), M. Ollier a signalé, à la page 8, une charte de Cluny d'où l'on peut induire l'existence de la communauté au XIe siècle, ainsi que la charte de la commune de Laon, de 1128 (ISAMBERT, t. I).

[2] Sur les sociétés ou communautés taisibles, voir VIOLLET, *Précis*, p. 749 et suiv.

[3] Les coutumes qui faisaient commencer la communauté immédiatement après le mariage se trouvaient principalement au Nord de Paris. BEAUMANOIR : « Chacun sait que compaignie [communauté] se fait par mariage, car sitôt comme mariage est fait, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage. » (Chap. XXI, n° 2). Comp. JEAN DES MARÈS, décision 247. Cependant à Paris même le *Grand coutumier* (XVe siècle) mentionne encore le délai d'an et jour : « Nota que par usage et coustume deux conjoints ou affins demeurant ensemble par an et jour, sans faire division ou protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles et conquestz » (II, 40, édit. Laboulaye, p. 371).

serait nécessaire, à suivre son développement par régions. Tout au moins dois-je indiquer que la communauté entre nobles se distingue profondément de la communauté roturière. Elle n'a peut-être pas eu la même origine et n'a pas suivi la même marche : pendant longtemps la femme noble a possédé, comme un privilège exclusif, le droit de renoncer à la communauté, ce qui rappelle le temps des vieilles lois germaniques, d'après lesquelles le droit de la femme n'était qu'un droit de succession.

§ 3. — *Organisation de la communauté du* XVIe *au* XVIIIe *siècle.*

* **896. Sa composition.** — Au moment où le droit coutumier se trouve fixé par la rédaction des coutumes, l'usage le plus général faisait entrer dans la communauté : 1° *tous les meubles des époux* ; 2° *les conquêts immeubles*, c'est-à-dire les immeubles acquis pendant le mariage à titre onéreux (*Coutume* de Paris, art. 220, en note dans les *Codes Tripier* sous l'art. 1399)[1]. Mais dans certaines régions, principalement dans les *pays flamands*, la communauté avait reçu une plus grande extension. En beaucoup d'endroits, on y pratiquait la *communauté universelle*, dans laquelle tombaient tous les immeubles appartenant aux époux, même antérieurs au mariage ou acquis à titre gratuit. On a expliqué ce fait par les considérations suivantes : les Flandres comptaient beaucoup de grandes villes commerçantes ; la fortune mobilière y avait acquis une grande importance et la collaboration de la femme aux affaires du mari y révélait toute son utilité : en outre, dans les villes, les tenures comprises dans l'enceinte de l'échevinage se trouvaient affranchies du lien féodal par les chartes municipales. Ces biens pouvaient donc se transmettre librement et par suite tomber en communauté ; aussi le droit des villes a-t-il toujours été plus large en matière de communauté que le droit des campagnes. Beaucoup de statuts municipaux avaient adopté la communauté universelle ; ainsi, à Bruges, la communauté comprenait tous les biens sauf les fiefs (P. Fournier, *Étude sur la fortune mobilière propre à la femme*, thèse, Paris, 1878). Mais dans la majeure partie de la France coutumière pendant les deux ou trois derniers siècles, la tendance était de restreindre la communauté par des conventions particulières ; on pratiquait de plus en plus le système de la *communauté réduite aux acquêts*.

* **897. Pouvoir du mari.** — Outre l'existence de biens communs, le régime de communauté avait un autre caractère qui jadis lui était propre : c'était la grande étendue des pouvoirs accordés au mari sur la personne et sur les biens de sa femme. Les droits qu'on lui donnait sur les biens déri-

[1] Dans l'*École des femmes* (acte IV, scène 2), au milieu d'une scène entre Arnolphe et un notaire, Molière s'est amusé à mettre en vers les principales règles de la communauté, et il l'a fait avec beaucoup de précision : « Sais-je pas qu'étant joints on est, par la coutume, || communs en meubles, biens immeubles et conquêts, || à moins que par un acte on y renonce exprès ? »

vaient du droit de puissance que les coutumes lui reconnaissaient sur la personne. « Comme donc les maris ont puissance sur leurs personnes [des femmes], aussi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens » (LOYSEAU, *Du déguerpissement*, liv. II, chap. IV, n° 7). Cette *puissance maritale*, inconnue dans le Midi et dans le droit romain, nous venait du *mundium* germanique, espèce de tutelle du mari sur sa femme, devenue au moyen âge la *mainbournie (mundeburdium)*. « Femmes franches, disait LOYSEL, sont en la puissance de leurs maris et non de leurs pères » (*Institutes coutumières*, n° 122). « Voire est que tant comme ils vivent ensemble li homs en est mainburnissière » (BEAUMANOIR, chap. XXI, 2 ; chap. LVII, 2).

Cette puissance maritale s'appelait quelquefois *bail* ; quelquefois aussi ce nom désignait le mari lui-même considéré comme protecteur d'un incapable : « Le mari a le gouvernement et administration des immeubles et héritages de sa femme, et sans procuration d'elle peut agir en son nom comme mari et bail » (Cout. de Péronne, art. 124).

Voici les conséquences de cette puissance maritale :

1° Le mari exerce sur les biens communs un pouvoir de disposition absolu : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner et hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude » (Cout. de Paris, art. 295) ;

2° C'était le mari, et non la femme, qui administrait les biens propres de celle-ci et qui en avait la jouissance (Cout. de Paris, art. 226 et 227) ;

3° Le mari pouvait demander la nullité des actes faits par sa femme sans son consentement (Cout. de Paris, art. 223 et 224).

* **898. Droit de la femme.** — Cette puissance si considérable du mari, qui le rendait *maître et seigneur* de la communauté, anéantissait presque le droit de la femme sur les biens communs, et faisait dire à Dumoulin que, du vivant de son mari, la femme n'en était pas copropriétaire et qu'elle avait seulement l'espérance de le devenir : « Proprie non est socia, sed speratur fore[1]. » C'était un souvenir du droit primitif et du temps où la communauté n'existait pas encore, la femme ayant seulement le droit de prendre une part des conquêts, à titre de gain de survie. Comp. CHÉRON, thèse citée au n° 888.

[1] Voyez aussi ce que Dumoulin dit sur l'art. 37 de la coutume de Paris : « Et quamvis ista communio, pendente matrimonio, proprie non sit in actu, sed in credito et in habitu, tamen, soluto matrimonio, ipso jure exit in actum et in veram et actualem dominii et possessionis communionem ». « Quorum licet, constante matrimonio, maritus sit solus actu dominus, propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem, non tamen absolute solus dominus est, ad onus communionis spectantis ad uxorem » (Glose 1, nos 1 et 2).

Quelques coutumes en avaient même gardé des traces plus ou moins fortes: « Homme et femme conjoints par mariage ne sont uns et communs: ains le mari seul, sans l'advis et consentement de la femme, en peut disposer comme et à qui bon lui semblera. Elle partit néanmoins après le décès du mari » (Cout. de Reims, art. 239).

899. Régime particulier à la Normandie. — La coutume de Normandie rejetait également le système de la communauté et donnait seulement à la femme un tiers après le décès du mari (art. 389). Cette province avait une autre particularité, qui a fait comparer son régime matrimonial au régime dotal. On y tenait pour maxime que : « bien de femme ne se doit perdre ». Les biens de la femme n'étaient cependant pas frappés d'une véritable inaliénabilité, semblable à celle de la dot sous la loi romaine. L'immeuble dotal pouvait parfaitement être aliéné par le mari avec le consentement de la femme ; seulement si après la dissolution du mariage le mari ou ses héritiers ne pouvaient pas rendre à la femme ou à ses héritiers la valeur de l'immeuble aliéné, on donnait à la femme un recours contre l'acquéreur ; ce n'était donc qu'une simple action subsidiaire. Voyez les articles 329, 330, 389, 392 et 393 de la coutume de Normandie.

Les caractères exceptionnels des coutumes normandes tiennent sans doute à ce fait que les Normands se sont établis en Neustrie plusieurs siècles après les grandes invasions ; ils y sont arrivés les derniers, ayant encore conservé les traditions germaniques, à une époque où notre droit national était déjà presque formé.

§ 4. — *La communauté hors de France.*

900. Notions sommaires. — En dehors de la France, le régime de communauté est pratiqué dans plusieurs pays. En *Belgique*, le Code Napoléon est encore en vigueur. En *Hollande*, le régime dotal est la communauté universelle (art. 174 C. civ. néerlandais) ; mais on peut la réduire aux acquêts ou même l'exclure complètement par des stipulations particulières (*ibid.*, art. 199).

En Italie la communauté, qui y était inconnue, avait été introduite du vivant de Napoléon en même temps que le Code civil ; mais elle était si peu dans les habitudes du pays que le nouveau Code civil italien, en vigueur depuis 1866, ne permet même pas de l'adopter par une convention spéciale, tout au moins sous sa forme large, la communauté légale, qui forme le droit commun en France. On peut seulement stipuler une communauté réduite aux acquêts.

Sur les régimes pratiqués en *Allemagne* et sur le système du nouveau Code, voyez ci-dessus, n° 775.

CHAPITRE II

CARACTÈRES ET NATURE DE LA COMMUNAUTÉ

901. Bibliographie. — Battur, *Traité de la communauté des biens entre époux*, 2 vol. in-8°, 1829. — L. Mérignhac et A. Mérignhac, *Traité du régime de communauté*, 2 vol. in-8°, Paris, 1894.

§ 1. — *Analyse de ses caractères.*

***901 *bis*. Caractères exceptionnels de la communauté.** — La communauté est *une société de biens* établie entre époux, mais ce n'est pas

une société ordinaire; aussi ne lui en donne-t-on pas le nom. La communauté conjugale diffère des sociétés proprement dites, principalement en ce que son fonctionnement et son mode de gestion ne sont pas abandonnés aux libres conventions des parties. Dans une société ordinaire, les associés en règlent la gestion comme ils le veulent; ils donnent à qui ils veulent la direction des affaires sociales; ils restreignent ou ils étendent à volonté l'étendue des pouvoirs du gérant; de plus, s'ils n'ont rien dit, chaque associé a des droits et des pouvoirs égaux (art. 1859). Pour la communauté *tout est réglé par la loi*; la communauté a un maître nécessaire qui est le mari; ses pouvoirs sont déterminés par le Code et le contrat de mariage n'y peut pas toucher.

A un autre point de vue encore, les époux sont moins libres que des associés ordinaires: c'est la loi elle-même qui détermine le commencement et la fin de leur communauté et ils ne peuvent pas stipuler d'autres époques, s'associer ou se séparer quand ils le veulent.

En revanche, la société conjugale est affranchie de plusieurs règles restrictives qui gênent les sociétés ordinaires, mais celles-ci concernent seulement *la composition de la masse commune* et *son mode de partage*. Les époux peuvent faire entrer en communauté leurs biens à venir en pleine propriété, ce qui est contraire à l'art. 1837; ils peuvent attribuer la totalité des bénéfices à l'époux survivant, ce qui est contraire à l'art. 1855. Ainsi la communauté est régie tantôt d'une façon plus libérale et tantôt d'une façon plus sévère que les autres sociétés.

Telle qu'elle est organisée par la loi, la communauté ne peut exister *qu'entre époux*; elle ne se prolonge jamais à la mort de l'un d'eux, avec ses enfants ou autres héritiers, tandis que d'après l'art. 1868, quand il s'agit d'une société ordinaire, les héritiers d'un associé peuvent prendre sa place dans la société, quand cela a été convenu.

902. Double sens du mot. — Le mot « communauté » désigne deux choses différentes :

1° *Les époux eux-mêmes*, considérés comme associés. C'est ainsi qu'on dit que la communauté est créancière ou débitrice. Cela signifie que le rôle de débiteur ou de créancier est rempli par les deux époux ensemble.

2° *Les biens communs*. On dit par exemple qu'un créancier a action sur la communauté quand il a pour gage le patrimoine commun aux deux époux.

****903. Commencement de la communauté.** — La communauté se forme de plein droit au moment précis où le mariage a lieu. C'est ainsi qu'il faut traduire la formule « au jour du mariage », employée dans l'art. 1399 [1].

[1] Une opinion contraire a été jadis enseignée par Toullier (nos 75-77). Il se fondait sur ce que tous les droits sur la communauté appartiennent au mari, et pensait que la femme en devient copropriétaire seulement le jour où elle l'accepte. Il rappelait aussi le mot de Dumoulin : « Non proprie est socia », ainsi qu'un passage analogue de Pothier disant : « Pendant que la communauté dure, le mari est réputé en quelque façon comme le seul seigneur et maître absolu des biens dont elle est composée. Le

904. Renvoi. — Sur la question de savoir si la formation de la communauté peut être conventionnellement retardée par l'effet d'un terme ou d'une condition, voyez ci-dessus, nos 827 et 828.

****905. État indivis de la communauté.** — On s'est demandé souvent si la communauté était douée de la personnalité civile, de façon qu'on dût la considérer comme formant, entre les biens propres du mari et ceux de la femme, le patrimoine d'une troisième personne qui serait fictive, ou bien si cette masse commune était tout simplement la propriété indivise des deux époux.

Intérêt de la question. — Voici d'abord quel serait l'intérêt de la question. Si la communauté est une personne morale, c'est elle qui est propriétaire pendant le mariage, et l'indivision n'existe entre les époux que du jour où la communauté se dissout : la personne fictive disparue, les deux époux deviennent propriétaires des biens qui étaient réputés lui appartenir ; par suite, l'effet déclaratif du partage remontera seulement au jour de sa dissolution. Au contraire, si la communauté n'est pas une personne civile, l'indivision commence pour les époux du jour du mariage quant aux biens antérieurs au mariage, et quant aux biens nouveaux, elle s'établit à mesure qu'ils sont acquis. L'effet rétroactif du partage remontera donc pour chacun d'eux beaucoup plus haut dans le passé qu'avec le précédent système.

Il semble dès lors que le débat intéresse de nombreuses questions pratiques. Il n'en est rien. En effet, quel intérêt y aurait-il à rechercher le jour plus ou moins ancien où a commencé l'indivision ? Ce serait de savoir si l'acte fait par l'un des époux relativement à un bien déterminé (aliénation, hypothèque, etc.) est valable comme ayant été fait par le propriétaire définitif de ce bien, ou s'il est nul parce que son auteur est réputé rétroactivement n'en avoir jamais eu la propriété. Or cette application pratique de la question disparaît devant la réglementation minutieuse des pouvoirs du mari par la loi. Quelle que soit l'issue du partage, le sort de l'acte fait par le femme ou le mari est déterminé d'une manière précise et certaine. Qu'importe alors que le mari ait agi comme administrateur d'une société civile douée de personnalité, ou comme gérant de biens indivis entre sa femme et

droit qu'y a la femme est regardé comme un droit informe qui se réduit au droit de partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution » (*Communauté*, n° 3). L'opinion de Toullier, qui n'est plus aujourd'hui qu'un paradoxe, a été vraie à une époque très ancienne, et les textes qu'il cite ne sont que des vestiges et des réminiscences du droit primitif, où la femme n'était pas réellement copropriétaire et n'avait droit à une part de la communauté qu'après sa dissolution. S'il était besoin d'opposer un texte à celui de Pothier, il suffirait de citer Laurière : « Si le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement, et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration en qualité de chef de la communauté » (sur l'art. 225 cout. de Paris). Et Dumoulin disait lui-même : « Licet constante matrimonio maritus sit solus actu dominus propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem, non tamen absolute solus dominus est ad onus communionis spectantis ad uxorem » (Cout. de Paris, art. 37, glose 1, n° 1).

lui? Il faudra respecter les actes faits par lui régulièrement et annuler tous les autres.

Les conséquences pratiques de la question deviennent ainsi très rares. La principale se présente lors du règlement du passif commun après la dissolution de la communauté : alors un conflit s'élève entre les créanciers personnels de chaque époux et les créanciers de la communauté. Dans un cas semblable, quand il s'agit de sociétés qui sont personnes civiles, on admet que les créanciers sociaux ont un droit de préférence sur l'actif social contre les créanciers personnels des associés. La société est censée se survivre à elle-même pour sa liquidation, ce qui empêche la confusion de son actif particulier avec l'actif propre à chacun de ses membres : l'actif social est ainsi attribué tout entier aux créanciers sociaux avant que les créanciers personnels des associés puissent y toucher. Il faudra appliquer la même règle aux créanciers de la communauté et des époux, si l'on admet l'idée de personnalité. Au cas contraire, chaque moitié de la masse indivise se confond avec les biens des époux, et les créanciers communs subissent d'un côté le concours des créanciers du mari, et de l'autre celui des créanciers de la femme.

Pour l'indication des autres intérêts voyez Colmet de Santerre, t. VI, 18 *bis*, iv-ix.

Solution. — La question qui se pose pour la communauté était naguère encore considérée comme un simple cas particulier d'une question plus générale, concernant toutes les sociétés civiles, et on les résolvait également toutes les deux par la négative. Depuis que la Cour de Cassation a reconnu la personnalité des sociétés civiles ordinaires (Cass., 23 févr. 1891, D. 91. 1. 337, S. 92. 1. 173 ; Cass., 2 mars 1892, D. 93. 1. 169, S. 92. 1. 497), on ne peut plus tenir le même raisonnement. Cependant il n'est pas douteux que la solution n'a pas changé pour la communauté conjugale et qu'elle est restée dans l'état où notre ancien droit l'a connue. On a toujours considéré les époux comme copropriétaires et le mari comme seigneur et maître des biens communs, ce qui exclut jusqu'à l'idée d'une troisième personne dont il ne serait que le représentant. Rien dans les travaux préparatoires ni dans les textes ne permet de penser que le Code ait abandonné le point de vue traditionnel, et la solution nouvelle de la jurisprudence est spéciale aux sociétés du droit commun. La communauté entre époux est donc restée ce qu'elle était : une masse de biens à l'état d'indivision. Plusieurs arrêts ont décidé expressément que la communauté ne forme pas une personne morale (Cass., 18 avril 1860, D. 60. 1. 185, S. 60. 1. 305 ; Cass., 16 janv. 1877, D. 78. 1. 265 ; Cass., 28 févr. 1886, S. 87. 1. 213). Voyez aussi Meynial, note dans *Sirey*, 92. 1. 73, et la note du *Dalloz* sous l'arrêt de 1860.

906. Observation. — On distingue habituellement trois variétés de la communauté : 1° *la communauté légale* ; 2° *la communauté réduite aux acquêts* ; 3° *la communauté universelle*. En réalité, il n'y a pas trois régimes distincts. C'est toujours le même régime qui fonctionne : les pouvoirs du mari, les droits de la femme sont les mêmes. Comp. art. 1528. Il n'y a de changé que la composition active et passive de la masse commune qui est plus ou moins étendue. Par suite, on peut sans inconvénients réunir dans une théorie unique l'explication de ces trois espèces de communauté, sauf à expliquer en temps et lieu en quoi leur composition diffère.

§ 2. — *Appréciation critique de la communauté.*

A. — Avantages du régime.

***907. Conformité avec l'institution du mariage.** — De tous les régimes matrimoniaux, le régime en communauté est certainement le plus conforme à l'idée que les peuples modernes se font de la famille et du mariage. La séparation de biens, à moins de raisons exceptionnelles, n'est pas *naturelle dans le mariage* : il est contradictoire, comme le dit M. Glasson, que deux personnes qui partagent le même foyer domestique aient pour leurs biens des intérêts entièrement distincts.

908. Son adaptation aux besoins du commerce. — Le régime de communauté s'accommode à merveille aux habitudes des races commerçantes. Il s'est surtout développé au moyen âge dans les villes riches et exceptionnellement actives de la Flandre et de la Hollande. Dans ces pays la communauté est même devenue universelle (ci-dessus, n° 896), et les immeubles y sont de bonne heure devenus communs comme les meubles. Ces traditions ne se sont pas perdues, car Laurent, dans son *Avant-projet de revision du Code civil* pour la Belgique, adoptait la communauté universelle comme régime légal. Cependant la forme qui convient le mieux aux habitudes françaises est la communauté réduite aux acquêts, c'est elle qu'on adopte presque toujours quand on fait un contrat de mariage.

B. — Inconvénients.

909. Nécessité d'un partage. — Le reproche le plus grave qu'on lui ait fait est de rendre nécessaires un partage et une liquidation générale entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé. Il faudra alors trouver de grosses sommes en argent comptant pour régler des reprises, qui ne peuvent pas toujours se solder au moyen de biens en nature ; il faut réaliser des valeurs qui représentent une forte part de l'actif total ; il faut enfin partager ou vendre le fonds de commerce, quand il en existe un. Les créanciers se présentent, réclament des garanties, parce qu'ils craignent des fraudes, et se montrent d'autant plus exigeants qu'il est impossible de leur donner une satisfaction immédiate. Souvent les époux auraient fait de bonnes affaires, si le mariage avait duré plus longtemps ; le décès de l'un d'eux devient pour l'autre une cause de ruine (Simonnet, *Revue critique*, 1857, p. 355).

On peut remédier à cet inconvénient par une clause qui est devenue presque de style dans le contrat de mariage des commerçants. C'est la *faculté accordée au survivant de conserver le fonds de commerce*, clause qui lui permet de continuer ses affaires sans être inquiété par les enfants ou par des collatéraux. Il n'est plus exposé à une liquidation forcée, juste au moment où il est privé du concours de son conjoint. Sur cette clause, voyez ce qui sera dit ci-dessous à propos de la dissolution et du partage de la communauté. Il serait avantageux d'en faire une règle normale du régime.

910. Inégalité des apports. — Telle qu'elle est organisée par la loi, la communauté produit encore un autre effet fâcheux. L'entrée en communauté du mobilier que les époux possèdent en se mariant et de celui qu'ils acquièrent plus tard par succession peut aboutir à un résultat injuste : si l'un des époux a une fortune mobilière beaucoup plus considérable que l'autre, il en perd la moitié au profit de son conjoint. On évite ce résultat en faisant un contrat de mariage, ce qui n'est pas difficile, puisqu'on suppose que l'un des époux ou sa famille possède une fortune importante. La communauté légale est surtout le régime des pauvres gens, des ménages modestes, qui n'ont pas ou qui ont peu de capitaux.

911. Pouvoirs excessifs du mari. — On reprochait vivement au régime de communauté de ne pas protéger suffisamment les gains personnels de la femme, lorsque celle-ci a un métier ou une profession qui lui donne des moyens de vivre. Elle était obli-

gée de remettre à son mari tout ce qu'elle gagnait, salaires, bénéfices, traitement, et si le mari était ivrogne ou dissipateur, la femme et les enfants ne profitaient pas d'un gain qui aurait suffi parfois à assurer leur existence. Voyez les *Bulletins* de la société d'études législatives, année 1902, et spécialement le *rapport* de M. Tissier (*ibid.*). Une loi du 9 avril 1881 y avait déjà pourvu en partie pour les dépôts dans les caisses d'épargne (ci-dessous, n° 1044) ; une loi plus générale du 13 juillet 1907 a donné à la femme la libre disposition de ses salaires, traitement ou bénéfices personnels (ci-dessous, n° 1045). Comp. t. I, n° 948.

Ces réformes produiront-elles tout l'effet utile qu'on en attend ? La chose est au moins douteuse, car la mainmise du mari sur les gains de la femme est une question de mœurs plutôt qu'une question de droit, et le danger se reproduira toujours, quel que soit l'état de la législation. Comp. Turgeon, *Le féminisme français*, t. II, p. 148 et suiv. Voyez aussi Lehr, *Droit civil russe*, p. 41, sur la différence entre le fait et le droit. D'autre part, en rompant l'équilibre au détriment du mari, la loi du 13 juillet 1907 a rendu inutile et même dangereuse l'adoption du régime de communauté toutes les fois que la femme gagne de l'argent.

Ce n'est pas seulement pour la protection des gains de la femme que les pouvoirs du mari commencent à paraître excessifs ; c'est, d'une façon générale, sur les valeurs de toute provenance qui forment la communauté que leur réduction est demandée. Voyez Bostel, *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari, Réforme sociale*, 1er janvier 1902. Mais ces restrictions à la libre disposition de leur fortune amèneront peut-être un plus grand nombre de maris à préférer le régime de la séparation, où l'absence de toute communauté serait compensée par des dons mutuels ou tout simplement par les droits successoraux du conjoint survivant.

CHAPITRE III

ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ

Avis. — La composition active de la communauté n'est pas toujours la même : à côté de la communauté dite *légale*, dont la composition est déterminée par la loi, et qui représente l'ancien type organisé au moyen âge par le droit coutumier, on trouve d'autres combinaisons adoptées par la libre convention des époux et qui forment ce qu'on appelle la *communauté conventionnelle*. De là la nécessité de diviser ce chapitre en deux sections, en commençant par le régime légal.

Section I. — Régime légal.

** **912. Éléments de l'actif.** — D'après la loi, l'actif commun n'absorbe pas la totalité de la fortune des époux. Chacun d'eux garde en propre certains meubles et certains immeubles ; il y a donc lieu de prendre séparément ces deux catégories de biens pour rechercher ce qui est propre et ce qui est commun.

Aux termes de l'art. 1401, l'actif de communauté comprend :

1° Le mobilier presque tout entier ;

2° Certains immeubles ;

3° La jouissance de tous les biens qui restent propres aux époux.

913. Controverse lors de la confection du Code. — Quand il a déterminé la composition de la communauté légale, le Code a suivi les règles traditionnelles du droit coutumier, quoiqu'on eût proposé au Conseil d'État d'innover, soit pour étendre, soit pour restreindre son actif. Bérenger proposait la communauté universelle, comme en Hollande. Système logique, si l'on raisonne d'une manière abstraite : l'association des biens doit être complète, de même que l'union des personnes est absolue. On y trouverait en outre cet avantage de tout simplifier et de rendre les fraudes moins faciles. Tronchet fit rejeter la proposition, dans la crainte de bouleverser des usages séculaires ; la communauté universelle n'a pas les préférences de la population et rien n'est plus rare en fait qu'un contrat de mariage qui l'adopte. — Malleville demandait au contraire qu'on choisît comme régime légal la communauté réduite aux acquêts : si la vie commune doit entraîner la communauté de biens et l'association des efforts celle des richesses, ce ne peut être qu'à partir du jour où le mariage a commencé ; jusque-là les époux ont vécu séparés et devraient conserver séparément leurs biens. Le système de Malleville, si raisonnable et si juste en lui-même, fut écarté par des raisons pratiques. La communauté réduite aux acquêts diffère de la communauté légale en ce qu'elle ne comprend pas le mobilier des époux. Or les gens qui se marient sans contrat ne font pas davantage l'inventaire de leur mobilier, et comment eût-on distingué, à défaut d'inventaire, les meubles propres des meubles communs? Pour éviter cette difficulté[1], il parut préférable de faire entrer en communauté tous les meubles des époux, sauf à eux de les exclure par contrat de mariage si leur fortune mobilière en vaut la peine.

***914. Présomption en faveur de la communauté.** — Dans le système de la loi française, la plus grande partie de la fortune des époux entre en communauté. Si certains biens leur restent propres, ce n'est que par exception ; sans doute, avec le temps, ces exceptions sont devenues plus nombreuses et plus importantes, mais le principe est resté. Aussi la présomption de propriété est-elle en faveur de la communauté : tout immeuble est réputé acquêt, à moins que l'un des époux ne prouve qu'il lui appartient en propre (art. 1402). A plus forte raison, la même présomption existe-t-elle pour les meubles.

§ 1. — *Mobilier.*

A. — Entrée générale du mobilier en communauté.

****915. Généralité du principe.** — En principe, tout le mobilier des époux tombe en communauté, sauf quelques exceptions signalées plus loin ; tout le mobilier *présent,* c'est-à-dire possédé par les époux au jour du mariage, et tout le mobilier *futur,* c'est-à-dire acquis au cours du mariage (art. 1401-1°).

***916. Formule incomplète de la loi.** — En fait de mobilier futur, le texte ne cite que celui qui échoit aux époux *à titre de donation ou de succession.* Pour les meubles acquis à titre onéreux, le texte manque. Ce n'est pas que la loi ait voulu les exclure de la communauté : si elle a parlé du mobilier acquis par succession ou par donation, c'est pour éviter un doute

[1] Elle n'était peut-être pas décisive. On aurait pu laisser à chaque époux le droit de prouver comme il le pourrait l'origine du mobilier réclamé comme propre : faute par lui d'apporter une preuve régulière, ce mobilier serait resté à la communauté. A quoi bon interdire cette preuve, dans les cas où elle est possible en fait?

à son égard. Il aurait pu sembler destiné par son origine à rester propre à l'époux qui l'acquiert ; mais du moment où ce mobilier appartient à la communauté, il faut à plus forte raison lui attribuer celui qui provient du travail des époux ou de leurs économies, car le but même de leur association est la mise en commun de leur industrie et de ses résultats. On doit donc lire ainsi le texte : tout le mobilier que les époux possèdent ou posséderont, *même* celui qui leur échoit pendant le mariage à titre de donation ou succession.

***917. Biens compris dans le mobilier.** — L'expression « mobilier » a ici un sens très large ; elle comprend tout bien corporel ou incorporel, qui n'est pas immeuble [1]. Quelques observations suffiront.

1° Créances. — Les créances entrent en communauté, même quand elles sont hypothécaires, et bien que l'hypothèque soit en elle-même un droit immobilier ; elle suit la créance dont elle est l'accessoire.

2° Rentes. — Viagères ou perpétuelles, il n'y a pas à distinguer entre elles, depuis que l'art. 529, al. 2, les a toutes déclarées mobilières.

3° Assurances sur la vie. — Le capital promis par une compagnie d'assurance appartient à l'assuré, bien qu'il soit payable seulement après sa mort. Il figure dans son patrimoine, à l'état de créance à terme, qui existe de son vivant et dont l'exigibilité seule est différée. Si l'assuré n'en a pas disposé, comme sa police le lui permet, ce capital figure dans l'actif commun et doit être partagé avec le conjoint.

4° Offices. — L'office étant un meuble (t. I, n° 2246), son entrée en communauté n'est pas douteuse, quoiqu'aucune association ne soit permise entre l'officier ministériel et un tiers. Ce qui devient commun n'est pas le titre ou la fonction, mais seulement la valeur vénale du droit de présentation (L. 28 avril 1816, art. 91).

5° Propriété littéraire, artistique et industrielle. — La propriété des œuvres littéraires ou scientifiques, des œuvres d'art ou des inventions faites ou exécutées avant ou pendant le mariage, appartient à la communauté.

On avait prétendu, en s'appuyant sur l'art. 39 du décret du 5 février 1810, que cette propriété n'entrait en communauté que par une clause expresse du contrat de mariage. La loi du 14 juillet 1866 a admis implicitement leur mise en communauté de plein droit, en parlant d'une façon générale « des droits qui peuvent résulter en faveur du conjoint du régime de la communauté » (art. 1er).

Il résulte de cette disposition une conséquence tout à fait choquante. Quand l'un des époux meurt, si c'est l'*auteur de l'œuvre* qui survit, il n'a

[1] Cette formule comprend non seulement les *biens* considérés comme *capitaux*, mais même les gains provenant du travail qui ne sont que des revenus. Ces gains qui appartiennent à la communauté quand elle est réduite aux acquêts (ci-dessous, n° 1004) y entrent à plus forte raison sous le régime légal. Voyez toutefois au n° 1045 ce qui est dit des gains de la femme.

droit qu'à *la moitié du produit de son travail* ; l'autre moitié appartient aux héritiers du prédécédé ; si c'est *l'époux non auteur*, celui-ci a droit à la *totalité du produit*, en vertu de cette même loi de 1866, car le conjoint de l'auteur a la jouissance entière à titre d'usufruitier. La loi est ici aussi absurde qu'injuste ; et cela prouve qu'en 1866 on aurait dû faire de ce genre de richesse un propre de communauté. On a vainement cherché à réagir [1].

6° Intérêts et actions des sociétés. — Ces actions ou intérêts sont meubles, encore que la société possède des immeubles (art. 529). Le droit de l'époux associé passe donc à la communauté. Si la société vient à se dissoudre durant le mariage et si l'actif en est partagé en nature entre les associés, les immeubles qui pourront être mis dans le lot de l'époux appartiendront à la communauté, car en acquérant sa part dans la société, la communauté s'est substituée à l'époux d'une manière complète.

B. — Mobilier propre.

* **918. Sa rareté.** — Il est assez rare de trouver dans la communauté légale des meubles qui soient restés propres à l'un des époux, à cause du principe ancien qui rendait commun tout le mobilier (ci-dessus, n° 896). Il en existe cependant quelques catégories.

919. Objets sans valeur vénale. — On doit d'abord énumérer certains objets qui ont un caractère personnel au plus haut degré, tels que les *titres de famille*, parchemins et papiers anciens ; les *souvenirs de famille*, tels que portraits, armes, décorations ; puis les *lettres* reçues par l'un des époux, et aussi les *manuscrits non encore édités* : l'époux qui en est l'auteur aurait eu le droit de les détruire. Ces objets sont d'autant plus facilement exclus de la communauté par leur caractère, qu'ils n'ont pas pour la plupart de valeur vénale. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, car la communauté comprend même les objets à l'usage personnel de chaque époux, tels que la toilette, les bijoux, la bibliothèque, les armes, etc. Il en serait de même des souvenirs de famille, s'ils avaient une valeur intrinsèque suffisante pour faire d'eux de véritables biens. Comp. Paris, 3 mars 1896, D. 97. 2. 54.

* **920. Objets donnés avec exclusion de communauté.** — La clause d'exclusion est permise, pour les dons et pour les legs, par l'art. 1401-1° : le donateur ou le testateur peut déclarer que ce qu'il donne n'entrera pas en communauté [2]. L'exclusion peut même être tacite, par exemple pour les biens frappés d'inaliénabilité (Trib. civ. Seine, 27 juill. 1901, *Le Droit*, 9 nov. 1901 ; Cass., 19 avril 1904, D. 1905. 1. 78).

Il y a eu des difficultés pour le cas où l'époux donataire est héritier à réserve du dona-

[1] Voyez Léon Bérard, *Du caractère personnel du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse, Paris, 1902 ; Thaller, *Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de la communauté* (*Revue trimestrielle*, 1903) ; Palmade, *La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux*, thèse, Bordeaux, 1909, spécialement n°s 120 et suiv. Voyez aussi la note de M. Saleilles, sous Paris, 1er févr. 1900, S. 1900. 2. 121. Cet arrêt a été cassé : Cass., 25 juin 1902, S. 1902. 1. 305, note de M. Lyon-Caen, D. 1903. 1. 5, note de M. Ambr. Colin. Comp. Charmont, *Revue critique*, 1903, p. 14 ; Maurice Breton, *Les droits intellectuels et la communauté*, thèse, Paris, 1904.

[2] La jurisprudence a fait une application curieuse de l'art. 1401-1° aux *dons honorifiques*, offerts au mari ; ils ont un caractère personnel qui implique la clause d'exclusion de communauté (Bastia, 26 févr. 1840, S. 40. 2. 121).

leur. La clause d'exclusion est nulle en ce qui concerne la réserve, comme portant sur des biens dont le donateur n'avait pas la libre disposition (Cass., 6 mai 1885, D. 85. 1. 369, S. 85. 1. 289). C'est aussi l'opinion générale en doctrine (Le Courtois et Surville, t. I, nº 464). On objectait que c'était retourner la réserve contre le réservataire : il ne s'agissait pas de le dépouiller, mais bien de lui assurer personnellement la propriété exclusive des biens donnés ; mais il faut tenir compte de ce fait que la communauté a acquis légitimement des droits sur les successions qui peuvent échoir aux époux et qu'elle était sûre de n'être pas privée de celles qui leur étaient attribuées en qualité de réservataires. On doit donc considérer la communauté comme *cessionnaire* des droits de l'époux et comme pouvant les exercer de son chef, en sorte que le donateur ne peut pas lui enlever les biens qu'il donne.

921. Pensions incessibles. — Sont également exclues de la communauté, même sous le régime légal, certaines pensions viagères, telles que les *pensions de réforme* ou *de retraite*, les *pensions alimentaires*, et les *rentes viagères déclarées insaisissables* conformément à l'art. 1981. Ces rentes ou pensions sont insaisissables et incessibles ; elles ne peuvent donc entrer en communauté. La pension payée à un ouvrier à la suite d'un *accident du travail* n'entre pas en communauté (Cass., 18 mars 1902, S. 1906. 1. 214, solution implicite).

Pour les rentes viagères de la Caisse de retraites pour la vieillesse, il y a cette particularité qu'elles sont *saisissables* au-dessus de 360 francs et *propres pour le tout* (L. 18 juin 1850, art. 4 et 5).

** **922. Meubles subrogés à des propres.** — Le meuble qui se trouve subrogé à un propre lui emprunte son caractère : « Subrogatum sapit naturam subrogati[1] ». Cette subrogation se présente dans divers cas :

[1] Théorie générale de la subrogation réelle. — Les cas d'échange et de remploi sous les différents régimes matrimoniaux, qui sont les exemples les plus intéressants de subrogation réelle, fournissent l'occasion d'en exposer théoriquement la notion. La subrogation réelle a été considérée comme une *fiction légale* par tous nos auteurs anciens et modernes, et son résultat comme *l'acquisition d'une qualité juridique*, transmise du bien ancien au bien nouveau (Merlin, *Répertoire*, vº Subrogation de choses ; Aubry et Rau, 4e édit., t. VI, p. 235 ; Jacques Flach, *De la subrogation réelle*, dans la *Revue historique de droit*, 1868). De plus, on s'attachait sans examen à l'adage *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res pretio*, de sorte qu'on n'apercevait pas le rôle de la convention en cette matière, qui paraissait arbitraire et exceptionnelle, et qu'il devenait impossible de justifier les cas de subrogation réelle se produisant à titre particulier. Toute cette théorie a été élucidée par quelques travaux récents et parait arrivée, ou peu s'en faut, à des formules définitives (Saleilles, note dans *Sirey*, 95. 2. 185 ; Demogue, *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle*, Revue critique, 1901, t. XXX, p. 236 et suiv. ; Planiol, note dans *Dalloz* sous Cass., 29 avril 1901, D. 1902. 1. 33 ; A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse, Nancy, 1913). Les cas de subrogation réelle forment deux séries :

1º Biens soumis a une affectation spéciale. — Toutes les fois qu'un bien est affecté à un certain but, auquel ses revenus doivent servir, il est envisagé plutôt *dans sa valeur pécuniaire* que dans son *individualité matérielle*, de telle sorte que, s'il devient nécessaire ou utile d'opérer un changement dans le placement des capitaux qu'il représente, son aliénation est possible, mais le bien nouveau qui le remplace est *nécessairement affecté à la même destination que lui*, parce que le but qu'on poursuit survit à la conservation du bien primitif, qui n'était qu'un moyen de l'atteindre. En pareille matière, *la volonté des parties est souveraine*, et on doit toujours admettre la subrogation, même pour des biens *affectés isolément à un certain service*.

2º Masses de biens sujettes a restitution. — L'idée de subrogation intervient encore, lorsqu'il s'agit de la demande en restitution d'une *universalité de biens*, comme dans la pétition d'hérédité, et qu'on cherche à savoir ce qui doit être restitué. Elle sert alors à résoudre, non plus une question d'*affectation*, mais une question d'*origine*. En ce cas la volonté des parties est indifférente ; tout dépend d'une question de fait, et c'est alors seulement que s'applique l'adage précité *In judiciis universalibus....*

En somme on voit qu'il n'y a jamais de *fiction* et que jamais il ne s'agit de modifier le *caractère* ou la *qualité* juridique d'un bien, mais qu'on se préoccupe seulement de son affectation ou de l'obligation de le restituer. Ce qui autorise le langage usuel c'est que l'affectation d'un bien s'exprime parfois au moyen d'un mot qui semble l'énon-

1° Vente d'un propre. — Après la vente d'un bien propre à l'un des époux et tant que le prix n'est pas payé, le propre est remplacé par la créance contre l'acheteur, et cette créance reste propre à l'époux à qui appartenait le bien vendu. Si la communauté se dissout avant que le prix ait été payé, la créance, qui n'a pas cessé d'appartenir à l'époux vendeur, ne doit pas être comprise dans le partage.

2° Remploi. — Quand le prix d'un propre vendu est payé par le tiers acheteur, il peut être employé à l'acquisition de valeurs mobilières, de façon que ces valeurs prennent elles-mêmes le caractère de propre. Il suffit pour cela d'observer certaines conditions exigées par la loi, ce qui sera expliqué à propos du remploi (ci-dessous, n°s 951 à 956).

3° Soulte de partage. — La soulte peut être assimilée à un prix de vente ; elle est attribuée à l'époux qui a reçu de ses cohéritiers, dans un partage

ciation d'une qualité : on appelle « biens dotaux », ceux qui sont affectés aux besoins du ménage ; « biens propres », ceux qui sont réservés à chaque époux à l'exclusion de la communauté.

Observations. — Pour que la question de subrogation puisse se poser, à la suite de l'acquisition d'un bien nouveau, une condition préalable est nécessaire : il faut que l'acquisition nouvelle entre *dans le patrimoine de la personne même qui a aliéné le bien antérieur*. Aucune subrogation du bien nouveau au bien ancien n'est possible lorsque c'est une autre personne qui l'achète ; on peut seulement se demander qui devient propriétaire et si l'acquéreur n'est pas redevable du prix à une autre personne, comme dans le cas où s'appliquait jadis la présomption de Quintus Mucius (ci-dessous, n°s 1425 et 1659). La subrogation réelle suppose une seule et unique personne ayant un patrimoine *subdivisé en plusieurs catégories*, par exemple, pour les femmes mariées, leurs biens propres distincts de leur part dans la communauté, leurs biens dotaux distincts de leurs biens paraphernaux. C'est alors qu'on peut se demander s'il ne s'est pas produit un *échange de valeurs*, contraire à la loi ou à la convention, entre ces deux masses distinctes comprises dans le même patrimoine, et s'il n'y a pas lieu de rétablir leur composition primitive, en faisant rentrer le bien nouveau dans la catégorie d'où l'ancien était sorti, ce qui ne peut se faire qu'à la condition que son origine soit évidente (comme dans l'échange) ou dûment constatée par des déclarations expresses (comme dans le remploi).

Cette condition de la constatation certaine de l'origine du bien nouveau est *nécessaire* : on remarquera, en effet, que, dans toutes les hypothèses de subrogation réelle, l'une des deux catégories de biens forme le droit commun, en sorte que les acquisitions faites par la personne dont le patrimoine est ainsi subdivisé y tombent naturellement, si on ne les en empêche en les faisant rentrer par la subrogation dans l'autre catégorie (biens dotaux ou biens propres) qui a un caractère exceptionnel. Telle est la fonction essentielle de la subrogation réelle. Ces considérations aideront, j'espère, à en compléter la notion.

J'ajoute que les observations qui précèdent expliquent :

1° pourquoi les questions de subrogation ne se présentent pas sous les régimes matrimoniaux où les patrimoines respectifs des époux ne sont pas subdivisés en plusieurs catégories soumises à des règles différentes (régime sans communauté, régime de séparation de biens), et pourquoi on ne parle pas de subrogation quand il s'agit d'un bien qui doit rentrer dans la masse générale du patrimoine, et non dans la catégorie exceptionnelle : il y entre tout naturellement et sans conditions.

2° pourquoi ces mêmes questions se présentent, en dehors des régimes matrimoniaux, dans les hypothèses où une personne possède dans son patrimoine une catégorie de biens qui doit suivre des règles spéciales, autres que celles qui s'appliquent au surplus de sa fortune. Exemples : A. — Biens reçus d'un ascendant donateur et destinés à faire l'objet d'un droit de retour légal ; l'art. 747 prévoit que certaines choses nouvelles sont subrogées au bien primitivement donné, et des questions analogues se présentent pour les autres cas de successions anomales. B. — Biens d'un absent, confiés à des envoyés en possession et sujets à restitution, hypothèse prévue par l'art. 132 qui parle également de subrogation, parce que la masse restituable se distingue des biens personnels des envoyés en possession.

de succession, un lot moins fort que sa part héréditaire, c'est comme s'il leur avait vendu le surplus de sa part. La soulte reste donc propre à l'époux et ne tombe pas en communauté (Cass., 11 déc. 1850, D. 51. 1. 287).

4° Indemnité d'assurance. — Quand un immeuble propre à l'un des époux est incendié, l'indemnité due par la compagnie est subrogée à l'immeuble et n'appartient pas à la communauté (Bordeaux, 29 mars 1857, D. 58. 2. 61).

923. Produits non périodiques. — Les objets mobiliers provenant des propres des époux et qui n'ont pas le caractère de fruits, n'appartiennent pas à la communauté. Tels sont les matériaux d'une maison démolie, les arbres d'un bois non mis en coupes réglées, les produits d'une carrière ouverte au cours du mariage. La communauté n'y a aucun droit parce qu'elle est assimilée à un usufruitier pour tout ce qui concerne la jouissance des propres ; donc, si ces meubles ont été vendus et le prix touché par elle, elle en doit récompense à l'époux.

923 *bis*. **Trésor.** — Le trésor constitue en principe un *acquêt mobilier* : lorsqu'il est attribué à l'un des époux *jure inventionis*, par l'effet de l'occupation, il est commun. Mais s'il est trouvé sur un fonds appartenant à l'un des époux, celui-ci en acquiert la moitié en qualité de propriétaire du fonds. Cette moitié du trésor est exclue de la communauté, car elle se rattache à la possession d'un propre (Aubry et Rau, t. V, § 507, note 28). La solution est du reste controversée.

§ 2. — *Immeubles.*

** **924. Division.** — Les immeubles sont traités par la loi tout autrement que les meubles. La part de la communauté y est bien moins grande, et c'est surtout parmi eux que la loi réserve des propres aux époux. Pour déterminer les immeubles propres et les immeubles communs, il faut faire une première distinction entre 1° les immeubles que les époux possèdent en se mariant et 2° ceux qu'ils acquièrent dans la suite. Le principe applicable à la première catégorie est tout juste l'inverse de celui qui s'applique à la seconde.

A. — Immeubles antérieurs au mariage.

1° Principe.

* **925. Formule et motif.** — En principe, les immeubles que les époux possèdent au jour de leur mariage leur restent *propres* (art. 1404, al. 1). Cette règle, qui était jadis absolue, comporte aujourd'hui une *exception unique*, d'une réalisation à peu près impossible (ci-dessous, n° 929).

Le motif de la règle est aisé à découvrir : les biens antérieurs au mariage représentent nécessairement la fortune propre à chaque époux ; ils ne sont pas le produit de leur collaboration ; chacun garde donc pour lui ses immeubles, et on a déjà vu que la même règle devrait être appliquée aux meubles ; si on n'exclut pas ceux-ci de la communauté, c'est uniquement pour éviter une difficulté pratique (ci-dessus, n° 913).

*926. **Application.** — Il peut arriver qu'un immeuble, acquis en apparence pendant le mariage, doive être réputé antérieur au mariage.

Par exemple, *lorsque l'un des époux a usucapé un immeuble,* dont il n'était encore que possesseur au moment où il s'est marié, la prescription accomplie pendant le mariage remonte quant à ses effets au jour où elle a commencé (t. I, n° 2708). L'immeuble acquis dans ces conditions sera donc propre. Il en est de même de l'*immeuble précédemment aliéné et recouvré pendant le mariage en vertu d'une cause antérieure.* Cet immeuble avait été la propriété de l'époux avant son mariage, et il serait devenu propre s'il avait été conservé par lui ; il le deviendra si l'époux le reprend au moyen d'une action fondée sur son titre ancien de propriétaire. Si on suppose que cet immeuble avait été *vendu* par l'époux, il pourra être repris par lui en vertu d'une action en résolution pour défaut de paiement du prix, ou d'une action en réméré, ou d'une action en rescision pour lésion, ou en nullité pour incapacité. Si on suppose qu'il y avait eu *donation,* la donation pourra être révoquée pour inexécution des charges ou pour survenance d'enfant.

Remarque. — Il n'est pas nécessaire que la cause qui rend à l'époux son ancien immeuble se produise avec effet rétroactif, comme cela a lieu pour les actions en nullité ou en résolution. Ainsi la révocation d'une donation pour ingratitude n'a pas de rétroactivité. Néanmoins l'immeuble est propre à l'époux parce qu'il ne s'agit pas pour lui d'une acquisition nouvelle, mais d'un retour de propriété qui se fait en vertu de son titre antérieur.

2° Exception.

*927. **Cas prévu par la loi.** — Autrefois la règle qui réserve en propre aux époux les immeubles antérieurs au mariage était absolue, mais elle permettait une fraude que nos anciens auteurs, et notamment Pothier, avaient signalée (*Communauté,* n° 281). Deux époux, qui possèdent une fortune mobilière importante, adoptent dans leur contrat de mariage la communauté légale ; s'il y a égalité ou peu de différence entre leurs fortunes, il n'y a pour eux ni perte ni gain. Mais voici le danger : le contrat une fois rédigé, l'un d'eux réalise sa fortune et achète un immeuble avant le mariage : cet immeuble va lui rester propre et le résultat sera qu'il conservera pour lui la totalité de sa fortune personnelle et acquerra la moitié de celle de son conjoint.

Pour prévenir cette fraude, le Code décide que *les immeubles acquis dans l'intervalle des deux contrats tombent en communauté* (art. 1404, al. 2).

D'après son motif historique, l'art. 1404 ne s'appliquera pas : 1° si l'immeuble a été acquis *à titre gratuit* ; 2° s'il a été acquis *en échange d'un bien destiné à rester propre.* Dans ces deux cas l'autre époux ne souffre aucun préjudice. On voit par là que le texte de la loi est rédigé en termes trop généraux.

928. Hypothèse inverse. — Il peut arriver qu'un immeuble soit vendu dans ce

même intervalle entre le contrat de mariage et le mariage. Il devait rester propre, étant antérieur au mariage : le prix restera-t-il propre, ainsi que les valeurs qu'il aura pu servir à acquérir ? Non, selon moi, car 1° *le texte ne le dit pas* ; l'art. 1404 ne déroge pas pour ce cas à l'art. 1401-1°, et comme c'est un texte exceptionnel, on ne peut pas l'étendre ; 2° *le motif de la loi fait défaut* ; la communauté n'a pas de fraude à craindre, et loin d'y perdre, elle gagne à cette transformation survenue dans la fortune de l'un des époux.

Toutefois il existe une autre interprétation de la loi, d'après laquelle l'art. 1404 aurait pour motif, non pas la possibilité d'une fraude, mais bien le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Tous les biens qui sont destinés à être propres d'après le contrat doivent le rester, et les époux ne pourraient les faire tomber en communauté qu'au moyen de contre-lettres régulières. Dans cette opinion, l'art. 1404, au lieu d'être une disposition exceptionnelle, est l'application pure et simple d'un principe. On doit donc l'étendre par analogie au cas où des meubles ont été acquis en échange d'immeubles, pour les déclarer propres comme les biens qu'ils remplacent. — Cette façon de raisonner n'est pas exacte : il est bien certain que les auteurs de la loi ont rédigé l'art. 1404 uniquement pour empêcher la fraude signalée par Pothier, et non comme une conséquence de l'immutabilité matrimoniale ; il est non moins certain qu'ils ont entendu faire tomber en communauté les meubles acquis dans l'intervalle des deux contrats à la place d'immeubles. En effet Pothier, dans ce même n° 281, déclarait ces meubles propres pour éviter « un avantage fait à l'autre conjoint dans un temps prohibé ». Cette solution a été omise à dessein dans l'art. 1404 parce que son motif avait disparu : le Code permet les donations entre époux que l'ancien droit prohibait.

929. Rareté de ces hypothèses. — Du reste il est inutile d'insister : l'art. 1404 est d'une application à peu près impossible en fait. Il suppose qu'un contrat de mariage a été rédigé, et qu'on a adopté la communauté légale. Or cela est extrêmement rare : quand on fait un contrat de mariage, en se mariant sous le régime de la communauté, c'est presque toujours pour modifier le régime légal et réduire la communauté aux acquêts. En pareil cas, toute la fortune antérieure au mariage, mobilière ou immobilière, est exclue de la communauté, de sorte que le fait prévu par l'art. 1404 est irréalisable.

B. — Immeubles acquis pendant le mariage.

****930. Règle générale.** — Pour ceux-ci la règle est renversée ; en principe, *ils tombent dans la communauté* et portent le nom de *conquêts* (art. 1401-3°). Ils ne peuvent rester propres à l'un des époux que *dans les cas déterminés par la loi* ; il est vrai que plusieurs de ces cas sont fort importants et de nature à se présenter fréquemment.

****931. Énumération des exceptions.** — Les causes d'acquisition qui font qu'un bien est propre sont en général des causes *lucratives* ; cependant on rencontre aussi parmi elles des modes d'acquisition à titre onéreux qui, se réalisant pendant le mariage, donnent des propres et non des conquêts. Voici la liste de toutes ces causes d'acquisition à titre de propres : 1° la *succession ab intestat* ; 2° la *donation* ou le *legs* ; 3° l'*arrangement de famille* ; 4° l'*échange contre un propre* ; 5° le *remploi* ; 6° le *retrait d'indivision*. — Ces exceptions sont les seules ; l'acquisition nouvelle peut se rattacher à un propre antérieur sans devenir elle-même un propre. Voyez-en, comme exemple, l'acquisition d'une parcelle des biens communaux, Riom, 27 déc. 1905, D. 1907. 2. 81, S. 1907. 2. 305.

1° Conquêts.

932. Rédaction vicieuse de la loi. — L'art. 1401-3° est mal rédigé. Il attribue la qualité de conquêt à tout immeuble « acquis pendant le mariage », ce qui est beaucoup trop large. On a vu qu'il y a plusieurs titres d'acquisition qui donnent des propres et non des conquêts, même pendant le mariage. On propose une correction à la loi pour lui faire dire : « *acquis à titre onéreux* », correction qui ne vaut pas mieux que le texte actuel, car l'acquisition d'un propre se fait souvent par voie d'achat ou d'échange. La seule forme exacte est celle qu'employait la coutume de Paris qui déclarait communs « les conquêts immeubles » ; le sens exact du mot est suffisamment fixé par l'usage.

****933. Terminologie.** — Les deux expressions *conquêts* et *acquêts*, qui sont synonymes aujourd'hui, ne l'étaient pas autrefois. Les conquêts s'opposaient aux propres en matière de communauté ; les acquêts s'opposaient aux propres en matière de succession. Depuis qu'on ne distingue plus les propres des autres biens dans la masse des successions, les deux mots peuvent s'employer l'un pour l'autre sans créer de confusion fâcheuse puisqu'il n'existe plus qu'une seule occasion de s'en servir.

***934. Rôle des conquêts.** — Comme l'art. 1404 reste sans application en pratique, il n'y a jamais d'immeubles communs ayant une date antérieure au mariage, et les conquêts forment à eux seuls toute la partie immobilière de la communauté sous le régime légal.

Ces biens sont acquis par les époux, soit à l'aide de valeurs mobilières tombées en communauté, soit au moyen d'économies réalisées sur leurs revenus ou sur le produit de leur travail. Ils sont donc souvent, mais non toujours, le produit de la collaboration des époux.

Le plus souvent ils sont acquis *par voie d'achat*. Mais l'*échange* peut donner aussi un conquêt, quand le bien aliéné par les époux avait lui-même cette qualité.

2° Immeubles acquis par succession.

***935. Portée de la régle.** — Tout immeuble recueilli dans une succession par l'un des époux fait partie de son patrimoine personnel et n'entre pas en communauté (art. 1404, al. 1).

Le mot « succession » de l'art. 1404 ne concerne que les *successions ab intestat*, les *legs* sont assimilés aux donations (ci-dessous, n° 939) ; mais du moins toute espèce de succession y est comprise. Ainsi le *retour légal*, établi par les art. 351, 747 et 766, donne à l'immeuble le caractère de propre ; ce qui amène une conséquence curieuse : quand deux époux donnent ensemble à un de leurs enfants un immeuble dépendant de leur communauté et que cet enfant meurt avant eux, possédant encore l'immeuble donné, ses parents reprennent ce bien *jure hereditatis* et il est désormais propre à chacun d'eux pour moitié au lieu d'être commun. Comp. ci-dessous, n° 940.

Est également propre l'immeuble acquis par l'exercice du *retrait successoral*.

***936. Effet du partage.** — Il arrive rarement que l'époux qui succède recueille une succession ou une part de succession composée exclusivement d'immeubles. Le plus souvent la succession est *mixte*, c'est-à-dire à la fois mobilière et immobilière. Alors se présente une difficulté pour dé-

terminer la part de la communauté et celle qui doit rester propre à l'époux héritier : faut-il rechercher dans quelle proportion se trouvaient les meubles et les immeubles au moment de l'ouverture de la succession, ou bien attendre que le partage soit fait pour savoir combien l'époux recevra de meubles et combien d'immeubles ? La proportion est parfois fort différente, et la part de la communauté est susceptible d'être augmentée ou diminuée, selon qu'on mettra plus ou moins de meubles dans le lot de l'époux. La jurisprudence s'en tient au résultat du partage (Caen, 18 août 1880, Dalloz. *Suppl.*, t. IV, p. 36, note 1 ; S. 81. 2. 113). En ce sens, Demolombe, t. XVII, n° 317 ; en sens contraire Aubry et Rau, t. V, § 507, note 13 ; § 625, note 29 ; Laurent, t. XXI, n°s 233 et suiv. Cette difficulté, qui concerne l'art. 883, ne peut être étudiée ici. Voyez ce qui en est dit ci-dessous au n° 2409.

3° Immeubles acquis par donation ou legs.

***937. Système ancien.** — Le système du Code sur ce point est une innovation. Dans l'ancien droit les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage étaient communs. « Il n'est si bel acquêt que de don » (Loysel, n° 655). On ne faisait exception à cette règle que pour les immeubles donnés par un ascendant : on considérait de pareilles libéralités comme des *avancements d'hoirie,* c'est-à-dire comme des successions anticipées qui laissaient aux biens donnés leur caractère de propres, comme s'ils avaient été recueillis dans la succession du donateur (coutume de Paris, art. 246).

****938. Système actuel.** — Ce qui était une exception est devenu la règle : l'art. 1405 ne distingue pas quel est le donateur. Tout immeuble donné sera donc propre, même s'il vient d'un parent collatéral ou d'un étranger, à moins que la donation ne contienne expressément que l'immeuble entrera en communauté (art. 1405). — Le changement avait été préparé par une clause devenue de style dans les contrats de mariage et qui attribuait à l'immeuble le caractère de propre.

***939. Extension aux biens légués.** — Quoique les art. 1402 et 1405 ne parlent que des *donations,* ils sont également applicables aux *legs* ; le mot « donation » a ici un sens large qui comprend toutes les libéralités, entre vifs ou testamentaires. Ainsi un immeuble légué sera propre aussi bien qu'un immeuble donné.

940. Controverse. — Qu'arriverait-il si un immeuble était donné aux deux époux conjointement ? Sera-t-il commun ? ou propre à chacun pour moitié ? La question semble sans intérêt puisque dans un cas comme dans l'autre chaque époux sera propriétaire de la moitié de l'immeuble. Elle mérite cependant d'être discutée, car les conséquences des deux solutions possibles seront fort différentes : 1° si l'immeuble est commun, le mari peut l'aliéner à lui seul pour le tout ; au cas contraire il ne peut disposer que de sa moitié et non de celle qui appartient à sa femme ; 2° quand la femme renonce à la communauté, elle perd tout droit sur cet immeuble, s'il est devenu un bien commun : elle conserve la moitié qui lui appartient, s'il est propre à chacun d'eux pour une part.

Il y aurait évidemment même raison pour déclarer propre cet immeuble qui provient d'une donation, qu'il y ait un donataire unique ou deux donataires conjoints. Cependant j'estime que tel n'est pas le sens de la loi. Dans l'art. 1401-3°, se trouve formulée une règle générale : les immeubles acquis pendant le mariage sont communs. L'art. 1405, dérogeant à la tradition historique, y apporte une exception ; on doit donc l'interpréter strictement et prendre sa formule à la lettre. Or il vise uniquement « les donations d'immeubles *qui ne sont faites qu'à l'un des deux époux...* » Donc, si l'immeuble est donné aux deux époux en même temps, la règle ancienne subsiste et l'immeuble est commun (Chambéry, 3 avril 1901, D. 1903. 2. 54).

4° Immeubles reçus par arrangement de famille.

* **941. Définition.** — On désigne sous ce nom une convention prévue par l'art. 1406 et qui consiste en ceci : un père ou tout autre ascendant cède un immeuble à son enfant ou descendant, non pas dans un but de pure libéralité, mais pour obtenir un résultat avantageux pour lui-même, soit que l'ascendant veuille se libérer par ce moyen d'une somme qu'il doit à son descendant, à titre de dot ou autrement, soit qu'il impose à celui-ci l'obligation d'acquitter certaines dettes dont le disposant est tenu envers des étrangers.

Pothier appelait ces conventions « des accommodements de famille » et il admettait que les immeubles ainsi transmis étaient des propres, parce que l'opération équivalait à un avancement d'hoirie. On réalise ainsi, du vivant du père, ce qui se passerait à sa mort : son fils, devenu son héritier, recueillerait l'immeuble à titre de propre, et serait obligé, pour le garder, de payer les créanciers, ou bien il verrait sa créance contre son père s'éteindre par confusion. C'est cette solution de Pothier que le Code a consacrée.

942. Condition d'application. — Pour que l'immeuble devienne propre, il faut que la cession émane du *père*, de la *mère* ou d'un autre *ascendant* : le texte est formel. Si elle vient d'un collatéral, et à plus forte raison si elle vient d'un étranger, l'immeuble reçu sous cette même condition sera commun, et c'est justice : on ne peut pas considérer cet arrangement comme un avancement d'hoirie, parce qu'il n'est pas dans l'ordre naturel que l'époux succède au donateur.

5° Immeubles acquis par échange.

** **943. Effet de la subrogation.** — Lorsqu'un bien propre est aliéné pendant le mariage par voie d'échange contre un autre immeuble, l'immeuble nouvellement acquis devient propre parce qu'il remplace dans le patrimoine de l'époux un bien qui lui était propre (art. 1407). C'est un cas particulier de *subrogation réelle* [1].

** **944. Comment elle s'opère.** — Dans le cas d'échange, la subrogation se produit *de plein droit,* par le seul fait de l'opération, sans condition ni formalité aucune

* **945. Échange avec soulte.** — Il est rare que les deux immeubles échangés aient été estimés exactement à la même somme. Presque toujours,

[1] Sur la subrogation réelle, voyez la note sous le n° 922 ci-dessus.

il y a entre eux une différence de valeur qui se règle au moyen d'une somme d'argent appelée *soulte*, que l'acquéreur de l'immeuble le plus considérable paie à son coéchangiste.

Si c'est l'immeuble ancien qui vaut le plus cher, la soulte est due à l'époux qui l'a cédé, et comme cette somme est encaissée par la communauté, celle-ci devra lui en tenir compte, ce qui se fera plus tard au moyen d'une *récompense* ou d'un *remploi*.

Au contraire, si l'ancien immeuble valait moins que le nouveau, c'est l'époux qui paie la soulte à l'autre partie, et ordinairement il acquitte cette soulte avec les deniers de la communauté, auquel cas il en doit la récompense, car son nouvel immeuble lui est propre pour le tout, et il ne lui est pas permis d'accroître sa fortune personnelle aux dépens de la caisse commune.

***946. Cas où la soulte est considérable.** — Une difficulté s'élève lorsque l'époux est ainsi débiteur d'une soulte importante : doit-on, même alors, considérer son nouvel immeuble comme lui étant propre en totalité ? Trois opinions sont en présence.

Première opinion. — Elle consiste à appliquer purement et simplement l'art. 1407. Ce texte ne distingue pas ; il s'exprime en termes absolus. On doit d'ailleurs prendre l'opération avec la qualification que les parties lui ont donnée : il y a échange ; l'immeuble acquis doit donc devenir propre en totalité (Laurent, t. XXI, n° 357).

Cette solution a un danger : avec des opérations de ce genre, le mari peut augmenter à volonté sa fortune propre ; sans doute la communauté aura un recours contre lui pour le montant des soultes qu'elle aura payées à son profit, mais elle serait réduite pour cela à exercer une action contre lui et elle peut trouver son débiteur insolvable.

Seconde opinion. — Quand la soulte due par l'époux s'élève à plus de la moitié de la valeur du nouvel immeuble, la plus grande partie de ce bien se trouve *payée en argent*, de sorte que l'opération n'est pas un échange, mais un achat. Par suite, l'immeuble doit être un conquêt. Au cas contraire, quand la soulte ne s'élève pas à la moitié de la valeur totale, le contrat garde son caractère d'échange et l'immeuble est propre (Guillouard, t. II, n° 466).

Cette solution n'est que l'application d'une ancienne maxime tout à fait arbitraire et qu'on formulait ainsi : « Major pars trahit ad se minorem. » Or cette maxime est sans force légale, car elle n'est écrite nulle part et aucun texte n'en admet le principe.

Troisième opinion. — Celle-ci peut être considérée comme la solution traditionnelle (Pothier, *Communauté*, n° 197). L'opération reste un *échange* tant que la soulte est *minime*. Lorsque la soulte devient considérable, l'acquisition présente un caractère mixte : elle est mélangée de vente et d'échange et le résultat est que l'immeuble nouveau est *propre jusqu'à concurrence*

de la valeur qu'avait l'ancien ; il est *commun pour le surplus*. Enfin, si la soulte est tellement importante qu'elle forme la partie principale de la convention, l'opération n'est qu'un *achat*, accompagné de la cession d'un propre à titre de dation en paiement pour une partie du prix, mais cette opération accessoire n'en change pas la nature. Dès lors l'immeuble est conquêt pour le tout, sauf récompense à l'époux pour la valeur du propre qu'il a cédé.

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée bien nettement entre ces divers systèmes (Nancy, 3 mars 1869, D. 69. 2. 85. S. 69. 2. 257 ; Cass., 9 août 1870, D. 71. 1. 156).

6° Immeubles acquis par remploi.

** **947. Définition.** — Le remploi est un *achat à titre de propre*, au moyen de deniers qui ne sont pas destinés à tomber en communauté. Le bien ainsi acheté ne devient pas commun parce qu'il sert de *placement* à une valeur propre.

** **948. Importance et utilité du remploi.** — La théorie du remploi, que le Code a réglée en deux articles (art. 1434 et 1435), a une grande importance pratique et théorique en même temps.

Son utilité pratique est la suivante. Supposez une créance de somme d'argent, propre à l'un des époux. Tant que le débiteur ne se libère pas, cette valeur reste propre à l'époux qui en est créancier. Arrive le jour du paiement : les billets ou pièces de monnaie qui sont versés à l'époux sont des choses *consomptibles par le premier usage*, et la communauté en devient *quasi-usufruitière*, c'est-à-dire *propriétaire*, sous charge de restitution. Si cet argent est ensuite placé, le bien qu'il aura servi à acheter sera un conquêt, parce qu'il succédera à des effets mobiliers devenus propriété commune. L'époux à qui cette somme avait été payée se trouve ainsi réduit à une *action personnelle contre la communauté*, qui lui doit une *récompense*.

Le remploi a pour but d'empêcher ce résultat en reconstituant le patrimoine propre à l'époux : il rend celui-ci propriétaire exclusif du bien qui est acheté avec l'argent disponible.

Cette opération peut être utile à chacun des deux époux, au mari comme à la femme. Celui au profit duquel se fait le placement bénéficie de la sécurité que donne la propriété ; il a pour lui les chances de plus-value ; il est propriétaire au lieu d'être créancier. Mais c'est surtout pour la femme que le remploi est avantageux : si elle reste simple créancière, elle court le risque de n'être pas payée, au cas où la communauté et le mari deviendraient insolvables ; un remploi immédiat, au moment où l'argent est encore à placer, la met à l'abri de ce danger en lui donnant un immeuble que son mari ne pourra pas aliéner sans son consentement et que les créanciers du mari ou de la communauté ne pourront pas saisir.

949. Origine. — Malgré ses avantages, la pratique du remploi est d'invention récente. Primitivement on n'y avait pas songé : comme tous les meubles des époux leur étaient communs, toutes les fois qu'un immeuble était vendu, le prix en était gagné par la communauté, qui le gardait définitivement[1]. Il y avait là quelque chose d'inique, et de plus cela permettait à l'un des époux d'avantager son conjoint, ce qui lui était interdit par la coutume. Afin d'éviter ces avantages indirects et irrévocables, on admit d'abord *le droit à récompense* au profit de l'époux vendeur (Coutume de Paris, rédaction de 1580, art. 232). Puis, du temps de Pothier, on lui permit de reprendre comme propre le nouvel immeuble acquis avec le prix du bien vendu par lui.

***950. Hypothèses donnant lieu au remploi.** — Celle qui est prévue par la loi, la *vente d'un immeuble,* n'est pas la seule. Anciennement on citait à côté d'elle le *rachat d'une rente,* qui mettait également à la disposition de l'époux et de la communauté un capital important remboursé par le débirentier qui se libérait ; mais cette hypothèse n'a plus guère d'intérêt pratique à cause de la rareté des rentes entre particuliers. Toutefois un cas analogue peut se présenter quand un propriétaire voisin veut se rédimer d'une servitude qui grève son fond, au profit d'un propre : le *rachat de la servitude* peut donner lieu à un remploi.

Il peut y avoir lieu à un remploi à la suite d'une *vente de meuble.* Dans l'art. 1434, la loi suppose que c'est un immeuble qui a été vendu, et c'est le cas ordinaire, parce que sous le régime légal les époux n'ont généralement que des immeubles en fait de propres ; mais parfois ils peuvent avoir des meubles propres. Pourrait-on remployer le prix provenant de la vente d'un meuble ? La négative a été soutenue, et elle est conforme à la lettre du texte, mais si l'on songe à la grande utilité du remploi et à son but qui est conforme aux principes fondamentaux de la communauté, on doit tenir pour certain que la loi n'a pas eu l'intention d'en restreindre l'usage. Elle a parlé d'immeubles, parce que le cas où il s'agit de meubles est rare.

Enfin l'existence de deniers propres, susceptibles de donner lieu à un remploi, a souvent une cause toute différente. Il est possible que l'un des époux se trouve propriétaire d'une *somme d'argent* qui lui est *donnée à la condition qu'elle n'entrera pas en communauté* (art. 1401-1° et ci-dessus, n° 920), et il est tout naturel qu'il songe à l'employer en achetant un bien qui lui soit propre.

Cette possibilité a encore soulevé les critiques de Laurent (t. XXI, n° 363), qui pense que ce n'est plus un remploi, puisque rien n'a été aliéné, et qu'on n'est plus alors dans l'hypothèse prévue par les termes précis de l'art. 1434, texte qui crée une fiction et qui ne peut pas s'étendre. Mais son interprétation rigoureuse n'a pas été admise, et ne devait pas l'être. Il est reconnu que le remploi est possible toutes les fois qu'il y a une somme propre à l'un des époux disponible pour un placement, et on a même trouvé, dans un texte spécial, l'indication de cette portée générale du remploi : l'art. 1595 dit que le mari

[1] Il faut dire aussi que les ventes à prix d'argent, moyennant un capital mobilier, étaient rares, et que les aliénations se faisaient généralement sous la forme du bail à rente, qui donnait naissance à un droit immobilier, la rente foncière, laquelle restait propre à l'époux.

peut céder un bien à sa femme « pour le remploi de deniers à elle appartenant, si ces deniers ne tombent pas en communauté ». Ce sont là des expressions larges, qui comprennent tous les cas qui peuvent se présenter. La jurisprudence est fixée en ce sens (Cass., 16 nov. 1859, D. 59. 1. 490, S. 60. 1. 242).

****951. Conditions du remploi.** — Certaines conditions de forme sont nécessaires pour que le remploi produise son effet et fasse acquérir un bien à titre de propre. Le remploi est une *subrogation réelle* qui, au lieu de se faire toute seule, comme dans l'échange, se produit seulement *par la volonté des époux*. Or il faut que cette volonté se manifeste *dans des formes déterminées par la loi*. Le seul fait de l'acquisition, même réalisée avec l'intention de subroger le bien nouveau au bien ancien, ne suffirait pas.

Le Code exige une *double déclaration*. Il faut dire : 1° que l'acquisition est faite *au moyen des deniers provenant de l'aliénation* (ou donnés avec exclusion de communauté) ; 2° qu'elle est faite *pour tenir lieu de remploi* (art. 1434). Une seule de ces déclarations ne suffirait pas ; il les faut toutes les deux, et elles doivent se trouver dans l'acte même d'acquisition, car le texte porte : « s'il n'est déclaré, *lors de l'acquisition...* » Le Code ne fait ici que suivre une opinion très clairement énoncée par Pothier (*Communauté*, n° 198).

952. Effet d'une déclaration tardive. — Quel serait l'effet d'une déclaration faite après coup, pour attribuer comme propre à l'un des époux un immeuble qui aurait été acheté sans remplir la condition légale et qui par suite aurait pris la qualité de conquêt ? En général on distingue selon que le remploi était à faire dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt de la femme.

Quand il s'agit du mari, cette déclaration tardive reste *absolument sans effet*, et voici le motif qui rend cette solution nécessaire. Si le mari pouvait, après avoir acheté un immeuble comme conquêt, se l'approprier plus tard par une simple déclaration de remploi, il spéculerait aux dépens de la communauté ; il laisserait se dessiner les chances de l'opération pour abandonner l'immeuble à la communauté, quand l'affaire serait mauvaise, et pour le prendre à son compte, quand elle serait bonne.

Mais la même déclaration peut produire effet, quand elle intervient au profit de la femme ; et on en trouve la preuve dans l'art. 1595, al. 2. On sait que cet article interdit la vente aux époux (t. II, n°s 1436 et suiv.). Or, après avoir formulé cette interdiction, il y apporte diverses exceptions, entre autres celle-ci : il est permis au mari de vendre son bien à sa femme, lorsqu'il doit faire le remploi de deniers à elle propres. S'il peut lui céder un de ses biens personnels, il peut également lui vendre un bien de la communauté. — L'opération est donc *valable* ; seulement il faut bien se rendre compte à quel titre : elle vaut, non pas comme *remploi*, mais comme dation en paiement, et la différence est grande entre les deux choses. S'il y avait remploi véritable, la femme se trouverait, grâce à la rétroactivité du remploi, l'ayant cause directe du tiers vendeur. Comme il y a dation en paiement, elle sera au contraire l'ayant cause de la communauté : le bien qui lui est affecté est passé d'abord du tiers vendeur dans la masse commune, et de celle-ci à la femme, sans rétroactivité. La propriété intérimaire de la communauté ne s'efface pas, et cela peut avoir de graves conséquences juridiques, car les droits réels, hypothèques et autres, consentis par le mari ou nés de son chef, vont se trouver maintenus. De plus, comme il y aura deux transmissions successives, il sera dû deux droits de mutation, dont le second portera seulement sur la demi-part que le mari transmet à sa femme dans le bien commun.

***953. Nécessité d'une acceptation du remploi par la femme.** —

Quand le remploi se fait au nom du mari, la double déclaration prescrite par l'art. 1434 suffit. Pour la femme, il faut autre chose : le remploi doit être *accepté* par elle (art. 1435). On comprend aisément la nécessité de cette condition supplémentaire. Aucune acceptation n'est nécessaire quand le mari agit pour son propre compte, mais si le remploi est fait en faveur de la femme, il est nécessaire qu'elle l'accepte, parce que le mari, simple administrateur de la fortune personnelle de la femme, n'a pas reçu le pouvoir d'acheter des propres au compte de celle-ci (Cass., 25 juin 1883, D. 84. 1. 79, S. 85. 1. 376).

954. Forme de l'acceptation. — L'acceptation du remploi par la femme doit être formelle (Cass., 26 juill. 1869, D. 69. 1. 455, S. 69. 1. 401). La présence de la femme à l'acte d'acquisition ne suffirait donc pas et l'immeuble tomberait en communauté. Pothier donnait une solution contraire, mais le texte du Code est impératif : il faut que le remploi soit « formellement accepté » par la femme. Voyez cependant Paris, 17 mai 1851, D. 54. 5. 646.

Quand l'acceptation est donnée par acte séparé la femme n'a pas besoin d'être spécialement autorisée par son mari : il y a autorisation implicite dans le fait du mari qui lui offre un bien en remploi.

***955. Délai de l'acceptation.** — Aucun délai précis n'a été fixé à la femme. La nécessité d'une acceptation immédiate avait été proposée à la section de législation du Conseil d'État et n'a pas été admise. Cependant l'acceptation doit intervenir *avant la dissolution de communauté* ; sinon, la femme aurait simplement droit à la récompense du prix de son immeuble vendu[1]. C'est en effet le seul droit que lui accorde l'art. 1435, « lors de la dissolution de la communauté », au cas où le remploi n'a pas été accepté auparavant. Le remploi est un acte d'administration maritale, qui ne peut plus se faire quand le mari a perdu ses pouvoirs, et son but ne peut plus être atteint, qui est d'attribuer à un bien le caractère de propre : quand la communauté est dissoute, le caractère des différents biens des époux se trouve définitivement fixé, et ils ne peuvent plus acquérir de nouveaux propres (Cass., 2 mai 1859, D. 59. 1. 275, S. 59. 1. 293. — Comp. Guillouard, t. II, n° 488).

Tant que le mariage dure, la femme peut donc retarder indéfiniment sa réponse, et son mari n'a pas le droit de la forcer à se prononcer en lui faisant fixer un délai par les tribunaux. Il s'est mis par sa faute dans cette situation gênante que lui crée l'attente d'une acceptation définitive : il n'aurait dû acheter qu'avec le consentement de sa femme. Mais cette situa-

[1] La question était discutée dans l'ancien droit ; Pothier donnait une solution contraire à celle du Code (*Communauté*, n° 200).

tion est rare : le mari a plutôt une tendance à retarder le remploi, et c'est généralement la femme qui a hâte de le voir s'effectuer.

*956. **Formule usuelle.** — Sur une clause très répandue dans les contrats de mariage, portant acceptation anticipée des remplois futurs, voyez ci-dessous, n° 1053.

*957. **Remploi par anticipation.** — D'ordinaire l'aliénation précède le remploi : ce n'est qu'après qu'on a vendu un bien, qu'on cherche à en placer le prix ; mais l'ordre des opérations peut être interverti : on voit souvent des époux acquérir un immeuble qu'ils se proposent de payer avec le prix d'une aliénation non encore réalisée, et qui, dans leur pensée, doit servir de remploi au prix de vente. C'est le *remploi par anticipation*.

Origine et utilité. — Ce genre de remploi qui était déjà pratiqué dans l'ancien droit présente un double avantage. Il permet d'abord de saisir une bonne occasion qui se présente, et d'acheter un bien dans des conditions favorables. En second lieu, l'époux qui se propose de vendre un de ses biens propres est plus sûr que le prix n'en sera pas dissipé, et c'est là parfois un grand avantage pour la femme.

Validité. — Un doute toutefois s'est jadis élevé sur la validité de cette combinaison si avantageuse : elle n'est pas comprise dans les termes de la loi. Tel qu'il est conçu, l'art. 1434 suppose évidemment que l'aliénation est consommée au moment où le remploi se fait. Et d'ailleurs comment concevoir, disait Toullier, que l'on remplace un propre qui existe encore dans le domaine de l'époux ? Nous ne sommes donc plus dans l'espèce prévue par la loi, et l'immeuble acquis ne peut être qu'un conquêt. — Cependant ce doute n'a pas persisté. Lorsque la loi a supposé l'aliénation faite avant le remploi, elle a prévu l'hypothèse normale, mais elle n'a pas entendu faire de cette antériorité une de ses conditions de validité. Il n'y a aucune raison pour abandonner une tradition déjà ancienne et pour condamner une combinaison d'une utilité très appréciable.

Au surplus, le bien acheté d'avance en vue du remploi ne devient propre qu'autant que l'aliénation projetée se réalise ; si elle ne se fait pas, il reste conquêt. En d'autres termes, le remploi fait par anticipation est *conditionnel*, et ne fait pas immédiatement un propre du bien ainsi acheté (Cass., 14 mai 1879, D. 79. 1. 420, S. 80. 1. 17).

Dangers. — Si avantageux qu'il soit, le remploi par anticipation présente pourtant des dangers. D'abord pour la communauté : il est à craindre que l'époux dans l'intérêt duquel le remploi a été fait, refuse ensuite d'aliéner son immeuble. La communauté se trouve alors grevée d'une acquisition qui lui est onéreuse puisqu'elle n'en a que faire. L'ordre dans lequel les opérations se succèdent permet donc à l'époux auquel cet achat était destiné, de le laisser pour compte à la communauté, si le résultat en a été malheureux. Cette raison a amené quelques auteurs à condamner le remploi par antici-

pation, ou tout au moins à ne l'admettre que dans l'intérêt de la femme (voyez les arrêts et opinions analysés par Aubry et Rau, t. V, § 507, note 64). Ce n'est pas un motif décisif : toute opération peut devenir dangereuse entre les mains des maladroits.

D'autres dangers menacent l'époux ; il viennent de ce que l'immeuble ne prend pas immédiatement le caractère de propre et peut être saisi par les créanciers de la communauté.

Observation. — Puisque le remploi par anticipation est permis, il y a une conclusion à en tirer pour le remploi ordinaire : c'est que, lorsque l'aliénation d'un propre est déjà faite, il n'est pas nécessaire pour la validité du remploi que le prix en soit déjà versé aux époux (Cass., 6 janv. 1858, D. 58. 1. 39, S. 58. 1. 273). Très souvent l'acquisition destinée à placer ce prix est faite alors qu'il est encore dû, et l'argent ne fait que passer par les mains des époux ; parfois même il est délégué au vendeur du propre nouveau qui touche directement son prix des mains de l'acheteur du propre ancien.

** **958. En quels biens se fait le remploi.** — Le plus ordinairement les remplois se font en biens de même nature que le propre aliéné. Si c'est *un immeuble* qu'on a vendu, on en achète un autre à la place, mais il n'y a rien là d'obligatoire, et il est permis d'acquérir des valeurs mobilières, rentes sur l'État ou autres, pour remployer le prix d'un immeuble. On l'a vainement contesté.

Assez souvent le contrat de mariage contient une clause qui détermine les biens qui devront être achetés en remploi, et dans les habitudes modernes on autorise de plus en plus les *remplois en valeurs mobilières*, sauf à spécifier celles de ces valeurs qui pourront être achetées, rente sur l'État, obligations de la Ville de Paris ou des départements, obligations et actions des chemins de fer, ou quelquefois des valeurs locales, que les époux connaissent particulièrement. Sur la possibilité de faire un remploi en meubles meublants, voyez Cass., 1er août 1910, D. 1910. 1. 145.

A ce sujet, il faut signaler les dispositions exceptionnelles de deux lois, qui ont introduit un régime de faveur pour les *rentes sur l'État*. Dans les cas où un remploi devra être fait obligatoirement en immeubles (et cela peut arriver non seulement en vertu des contrats de mariage, mais aussi en vertu de jugements ou de textes de lois), la personne qui fait le remploi peut également acheter des rentes sur l'État. Cela a été décidé d'abord par la loi du 2 juillet 1862 (loi du budget), art. 46, pour les rentes 3 0/0, et la même disposition a été insérée dans d'autres lois budgétaires (L. 16 septembre 1871, art. 29, pour les rentes 5 0/0, aujourd'hui converties en 3 0/0 ; L. 13 juillet 1911, art. 44, pour le 3 0/0 amortissable). Ces diverses lois ont un but fiscal : on a voulu favoriser le crédit de l'État et le placement de ses titres en clar-

gissant leur marché, en leur donnant une clientèle nouvelle. Mais on n'a pas voulu imposer ces remplois en rentes aux gens qui n'en voudraient pas et on a réservé la possibilité d'insérer dans les contrats une clause contraire qui les prohiberait.

Les rentes ainsi achetées en remploi à la place d'un immeuble ne sont pas pour cela immobilisées : *elles conservent leur caractère mobilier*. Elles deviennent seulement des propres pour l'époux qui les achète.

Les deux lois précitées de 1862 et de 1871 régissent même les contrats de mariage antérieurs à leur publication, sans que cette rétroactivité blesse aucun droit acquis ; c'est une facilité qu'on offre aux particuliers, et la sécurité du placement est la même.

Biens du mari. — Le mari est parfois disposé à céder un de ses biens propres à sa femme pour lui tenir lieu de remploi. La chose est possible à la condition que le remploi soit *obligatoire pour le mari* (comp. t. II, n° 1445-2°). Si le remploi est facultatif, la cession du bien du mari à la femme n'a pas une « cause légitime », au sens où l'entend l'art. 1595. C'est la crainte des fraudes qui justifie cette prohibition : quand le mari tombe en déconfiture et que la femme demande la séparation de biens, on ne veut pas lui permettre d'acquérir des droits sur les biens de son mari, au détriment des créanciers qui ne peuvent pas la poursuivre sur son patrimoine personnel. Comp. Wahl, note sous Rouen, 27 mars 1909, P. et S. 1910. 2. 161. Voyez aussi Bufnoir, note sous Cass. 15 juin 1881, S. 83. 1. 473.

***959. Nature de l'opération.** — Un remploi fait par le mari en son propre nom est *un simple achat*, et il ne soulève aucune difficulté. Il en est de même d'un achat fait par la femme pour son propre compte, avec l'autorisation de son mari. Mais quelles relations s'établissent entre le mari et la femme, lorsque le mari fait l'achat pour sa femme et sans la participation de celle-ci ? L'analyse juridique de ces rapports est le grand problème de toute la théorie du remploi et il importe de la bien saisir.

Interprétation par l'idée d'une dation en paiement. — On a voulu voir dans le remploi une simple *dation en paiement*. La communauté qui a reçu le prix du propre aliéné, en est *débitrice* envers la femme, et le mari, gérant de la communauté, offre un immeuble à la place d'argent pour la libérer. Ainsi compris, le remploi est une *opération double* : l'immeuble est d'abord conquêt, puis devient propre si la femme l'accepte, et il prend cette qualité *sans rétroactivité*. C'est une offre que fait le mari, offre qui est *révocable* ; il s'opère une double transmission, ce qui entraîne le paiement d'un double droit de mutation et la nécessité de transcrire une seconde fois. — Cette interprétation est insoutenable : l'unité de l'opération appelée « remploi » est traditionnelle, ainsi que la rétroactivité de l'acceptation.

Interprétation par l'idée de gestion d'affaires. — Une autre opinion, qui a été celle de Pothier (*Communauté*, n° 200), et de D'Aguesseau (27e plaidoyer, édit. Pardessus, t. II, p. 464), et qui a été reprise par M. Labbé (*De*

la ratification des actes d'un gérant d'affaires, nos 89 à 96), voit dans le remploi une gestion d'affaires. Si l'on s'en tient à cette idée sans la combiner avec aucune autre, le remploi fait pour la femme présente deux caractères principaux : la rétroactivité après l'acceptation et l'irrévocabilité jusqu'à l'acceptation.

Il est *rétroactif,* car le mari en achetant a représenté sa femme comme l'aurait fait un mandataire et c'est elle qui a été propriétaire dès le jour de l'achat. Cette rétroactivité fait tomber tous les droits réels nés sur l'immeuble du chef du mari ; le remploi n'exige qu'une seule transcription et il n'autorise la perception des droits d'enregistrement qu'une seule fois, puisqu'il n'y a qu'une seule mutation.

Le remploi est, de plus, *irrévocable,* et le mari ne peut, par aucune manifestation de volonté, empêcher sa femme de prendre l'acquisition pour elle.

Cette seconde conséquence fait naître contre ce système une objection qui paraît décisive à beaucoup de personnes. Les auteurs du Code ont certainement considéré l'offre de remploi faite à la femme comme révocable jusqu'à ce qu'elle soit acceptée. Treilhard et Tronchet l'ont dit : la femme ne peut accepter le remploi qu'autant que l'immeuble existe encore en nature et n'a pas été hypothéqué, car en attendant il est conquêt ; et il a été convenu que l'article devrait être ainsi entendu (Fenet, t. XIII, p. 563). — De plus, le texte ne parle pas de « ratification », comme le faisait Pothier, mais bien d'*acceptation,* ce qui suppose une *offre.* Or toute offre est révocable. En ce sens Guillouard, t. II, n° 509 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, nos 520 et 527.

L'idée d'une gestion d'affaires étant rejetée, il n'y aurait plus qu'un parti à prendre, qui serait de voir dans le remploi une opération *sui generis,* ne rentrant dans aucune autre notion juridique. On se contente souvent de cette formule vague, qui est loin de donner une réponse satisfaisante. Je crois qu'il faut s'en tenir à l'idée d'une gestion d'affaires en la modifiant. Le remploi fait pour la femme sans la participation de celle-ci est une opération *à deux issues,* qui se fait sous une alternative : elle risque de rester pour compte à la communauté, auquel cas ce sera *l'achat d'un conquêt* ; mais si la femme la prend pour elle, il est impossible d'y voir autre chose que *l'achat d'un propre* fait pour la femme par le mari sans mandat spécial, c'est-à-dire une gestion d'affaires. L'idée d'*offre* est parfaitement conciliable avec cette analyse : le mari se réserve une *option* pour lui-même aussi bien que pour sa femme, ce qui lui permet de garder l'achat au profit de la communauté qu'il représente; si la femme ne lui enlève pas cette faculté par une décision rapide.

* **960. Caractères spéciaux du remploi.** — L'*offre* de remploi est *révocable* et son *acceptation* est *rétroactive.* Tels sont les deux caractères que

nous a transmis la tradition. Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 497 ; HUC, t. IX, n° 203.

Nous devons donc déterminer dans quels cas l'offre de remploi devra être considérée comme révoquée. Sa révocation peut être *expresse* ou *tacite* ; cette dernière seule donne lieu à des difficultés. Elle se produit lorsque le mari agit comme si la communauté était propriétaire définitif de l'immeuble, par exemple lorsqu'il l'aliène. Jusqu'ici pas de complications ; mais si le mari se borne à grever l'immeuble de servitude ou d'hypothèque, les auteurs se partagent sur la solution à adopter. Mourlon admettait que l'offre est alors révoquée pour le tout, parce que le mari a fait un acte de disposition qui implique l'intention de conserver cet immeuble à la communauté. MM. Aubry et Rau veulent au contraire que l'offre subsiste pour le surplus et maintiennent à la femme le droit de l'accepter encore, sauf à respecter les servitudes ou hypothèques établies par son mari.

Où est donc l'intérêt qu'il y a à reconnaître la rétroactivité du remploi, puisque tout acte de disposition du mari fait évanouir le droit de la femme sur l'immeuble, ou tout au moins doit être respecté par elle après qu'elle a accepté ? Cet intérêt existe néanmoins, et il est double. Il se voit d'abord pour les *hypothèques légales* et autres charges réelles qui ont pu prendre naissance sur l'immeuble du chef du mari et *sans sa volonté* : celles-là disparaissent, parce qu'elles n'impliquent aucune intention de révoquer l'offre. Il se voit encore au point de vue fiscal, en ce que l'acceptation ne donne pas lieu à un nouveau droit de mutation.

** **961. Résultat du remploi effectué.** — Le bien acquis à titre de remploi devient propre à l'époux ; c'est le but même qu'on se propose, mais cela ne va pas sans difficultés quand il y a une différence de valeur entre les deux immeubles successifs. Si c'est l'ancien bien qui valait plus que le nouveau, il est tout simple que l'époux reste créancier de la commnauté pour la différence ; il n'a été fait qu'un remploi partiel. Si l'ancien bien valait moins, le nouveau ne prend le caractère de propre que jusqu'à concurrence de la valeur aliénée ; pour le surplus il est commun. Ceci est admis traditionnellement, afin que les époux n'augmentent pas à volonté leurs patrimoines propres.

Toutefois, si la différence était minime, il vaudrait mieux considérer l'époux comme propriétaire exclusif, sauf récompense à la communauté pour l'excédent qu'elle a payé de ses deniers. Ce tempérament, indiqué par Pothier, est également accepté ; le danger est nul et la simplification est grande (Douai, 21 déc. 1905, D. 1907. 2. 390. — Comp. LECOURTOIS et SURVILLE, t. I, n°s 388 et 389).

7° Acquisition par suite d'indivision.

962. Double disposition de l'art. 1408. — L'art. 1408, qui prévoit

cette hypothèse, contient deux dispositions différentes. La première attribue le caractère de propres aux parts indivises nouvellement acquises à l'époux ; la seconde, qui sert de sanction à la précédente, institue ce qu'on appelle *le retrait d'indivision.*

a. — *Acquisition de nouvelles parts indivises.*

***963. L'hypothèse et sa solution.** — Un époux est propriétaire, à titre de propre de communauté, d'une part indivise dans un immeuble. Ordinairement il a recueilli cette part dans une succession à laquelle il a été appelé en concours avec d'autres héritiers. Pendant le mariage, il acquiert une ou plusieurs parts indivises appartenant à ses copropriétaires dans le même immeuble. Ces parts nouvellement acquises ne forment pas des conquêts : elles lui sont propres, sauf récompense à la communauté, s'il y a lieu (art. 1408, al. 1).

964. Controverse sur les motifs de la loi. — Cette solution est ancienne et on en donnait jadis l'explication suivante. Grâce au principe de l'effet déclaratif du partage, l'époux est censé avoir reçu *directement du défunt* la totalité de l'immeuble qui a été mis dans son lot ou qu'il a acheté sur licitation. Il le reçoit donc *par succession*, et c'est un propre de communauté. Tel était le raisonnement de Pothier (*Communauté*, n° 146), et il a été reproduit par Tronchet dans les travaux préparatoires (Locré, t. VI, p. 435).

Cette première explication fait de l'art. 1408 une conséquence et une dépendance de l'art. 883. Or il existe de graves controverses sur ce dernier article : on se demande principalement s'il s'applique aux actes qui ne font pas cesser l'indivision d'une manière complète. Ces difficultés se représenteraient donc pour l'art. 1408. Ainsi, quand l'époux acquiert seulement la part d'un de ses copropriétaires, de façon à rester dans l'indivision avec un ou plusieurs autres, va-t-il devenir propriétaire exclusif de cette part nouvelle ? On pourrait en douter et en fait on l'a contesté.

Mais la jurisprudence a coupé court à ces incertitudes en décidant que l'art. 1408 n'était pas seulement l'application de l'art. 883, mais constituait *une disposition indépendante* qui avait pour but *l'unification de la propriété*. Si la part nouvellement acquise entrait en communauté, l'époux qui a cherché à sortir de l'indivision dans laquelle il se trouvait, retomberait dans une autre indivision avec son conjoint. Il est donc nécessaire que l'art. 1408 s'applique, quoique l'indivision subsiste encore, lorsque l'époux n'a pas acquis toutes les autres parts indivises (Cass., 30 janv. 1850, D. 50. 1. 171 ; Cass., 30 janv. 1865, D. 65. 1. 191, S. 65. 1. 140 ; Lyon, 21 janv. 1876, D. 78. 2. 38). Comp. Siméon, Discours au Corps-législatif, dans Locré, t. XIII, p. 465.

Cette solution de la jurisprudence est conforme à la nature primitive de cette institution, car l'art. 1408 a pour origine une règle romaine, qui était bien antérieure à l'établissement du partage déclaratif. Voyez le n° suivant.

b. — *Retrait d'indivision.*

***965. Conception actuelle.** — Quand c'est la femme qui est propriétaire de la part primitive dans le bien indivis, il y a pour elle un danger particulier : son mari, prenant les devants, peut se rendre adjudicataire de l'immeuble en son propre nom et lui enlever ainsi l'espérance de l'acquérir elle-même comme propre. Pour empêcher ce calcul du mari et protéger le droit de la femme, la loi donne à celle-ci une *option* : elle peut *abandonner le bien à la communauté*, en se faisant rembourser

le prix de sa part dans l'immeuble ; ou bien, si elle le préfère, *prendre pour elle l'acquisition tout entière*, à la charge d'en payer le prix, sa part déduite. — Quand elle prend ce second parti, on dit qu'elle exerce un droit de *retrait* particulier, qui est appelé le « retrait d'indivision », non pas parce que le bien retrayé par la femme se trouve dans l'indivision au moment où le retrait a lieu : il n'y est plus ; mais parce que le droit de le reprendre a pour origine l'état d'indivision dans lequel il se trouvait antérieurement.

***966. Origine et nature véritable.** — Cette façon de comprendre la disposition de la loi en méconnaît entièrement la véritable nature. C'est une méprise historique facile à débrouiller. La règle nous vient du droit romain (*Dig.*, liv. XXIII, tit. 3, *De jure dotium*, fr. 78, § 4). D'après ce texte, quand une part indivise dans un immeuble était constituée en dot, si le mari achetait le surplus de l'immeuble, ces parts nouvelles ne devenaient pas dotales, mais elles étaient nécessairement restituées à la femme en même temps que la part dotale primitive ; ni elle ni son mari ne pouvaient se soustraire à cette nécessité. L'acquisition des parts nouvelles constituait donc pour la femme un *accroissement forcé*. Notre ancien droit écrit conserva purement et simplement la règle romaine : le droit coutumier l'adopta également. Il en résulta cette conséquence que la femme, qui se trouvait enrichie par cet accroissement de propriété, devait récompense à la communauté à raison du prix d'achat qui avait été payé par le mari. Pendant longtemps, cet accroissement, avec la récompense qu'il entraînait, resta *forcé* (LEBRUN, *Communauté*, liv. I, chap. v, sect. 2, distinction 3, n° 12 : COCHIN, *Plaidoyers*, t. V, p. 231). Mais au XVIIIe siècle ce système parut dangereux pour la femme, parce qu'il risquait de lui imposer une acquisition désavantageuse. Bourjon proposa de laisser à la femme une option, pour lui permettre de se libérer de la récompense en abandonnant l'immeuble à la communauté (*Droit commun de la France*, t. I, p. 537). Voyez aussi VALIN, *Coutume de la Rochelle*, art. 22, § 1, t. I, p. 493, n° 28). L'idée d'ouvrir une option à la femme fut acceptée par le Code et c'est ce que décide l'art. 1408 ; mais on voit que c'est l'*inverse d'un retrait* : l'immeuble commence par devenir *propre à la femme*, et il est plus tard *abandonné par elle*. Du moins, l'art. 1408 devrait être ainsi interprété, car rien dans sa rédaction ne contredit la tradition historique ; mais généralement on l'entend d'une autre façon : on considère l'immeuble acquis par le mari comme étant provisoirement un *conquêt* (Bordeaux, 15 mai 1871, D. 71. 2. 237). Voyez toutefois Cass., 17 févr. 1886, D. 86. 1. 249, S. 86. 1. 161. Ce qu'il y a de curieux dans la transformation de cette conception, c'est qu'elle aboutit, sans nécessité, à introduire dans notre droit moderne, si hostile aux retraits, un retrait nouveau, inconnu de notre ancien droit. Il eût été bien

préférable de voir dans cette hypothèse un cas de gestion d'affaires au profit de la femme, avec faculté de répudiation.

967. Cas dans lesquels le retrait est possible. — Dans l'art. 1408, la loi suppose qu'il s'agit d'une femme *commune en biens,* mais il est admis que le retrait est possible *sous tous les autres régimes*, parce qu'il y a toujours mêmes raisons pour l'autoriser (Lyon, 20 juill. 1843, D. 44. 2. 197, S. 44. 2. 319 ; Cass., 1er mai 1860, D. 60. 1. 511, S. 61. 1. 785 ; Cass., 26 janv. 1887, D. 87. 1. 275, S. 90, 1. 293). C'est un exemple très remarquable de jurisprudence extensive, d'autant plus que la loi moderne est notoirement hostile aux retraits de toute nature. Cependant elle est approuvée par la presque unanimité des auteurs ; Laurent est seul à la combattre (t. XXI, n° 334). La difficulté disparaît, si on admet qu'il ne s'agit pas d'un retrait.

Il importe peu que le mari ait acheté la totalité ou une partie seulement de l'immeuble, ni qu'il ait traité à l'amiable ou qu'il se soit rendu adjudicataire dans une licitation.

968. Qui peut exercer le retrait. — Le droit accordé à *la femme* peut sans difficulté être exercé après sa mort par ses *héritiers*. Quant aux *créanciers de la femme*, il semble qu'ils devraient être admis à l'exercer de son chef, puisqu'il s'agit d'un droit exclusivement pécuniaire. Cependant la jurisprudence leur en refuse l'exercice (Cass., 8 mars 1837, S. 37. 1. 311). C'est une vieille tradition, conservée par les tribunaux modernes, que les retraits constituent des facultés personnelles qui échappent à l'action des créanciers.

Mais il est bien évident, d'après l'origine même de l'art. 1408 et d'après son texte, que le même droit ne saurait être reconnu au mari, dans l'hypothèse inverse où la part primitive était sa propriété et où le surplus aurait été acquis par sa femme (Pau, 9 déc. 1889, S. 91. 2. 49).

969. Époque du retrait. — La loi indique le moment où le retrait doit se faire : c'est « lors de la dissolution de la communauté » (art. 1408). Il est cependant reconnu que la femme a le droit de retrayer l'immeuble même auparavant, pendant que la communauté dure encore, et dès le lendemain de l'acquisition faite par son mari. Elle peut y avoir un sérieux intérêt, et il n'y a pas de raison pour le lui refuser (Lyon, 19 ou 20 juill. 1843, précité). La formule employée par la loi signifie simplement qu'avant la dissolution de la communauté, la femme ne peut pas être mise en demeure de se prononcer.

A défaut d'une prescription spéciale, son droit dure 30 ans à compter de la dissolution de la communauté.

***970. Effet du retrait.** — Lorsque la femme n'use pas de son droit, l'immeuble acquis par le mari reste pour le tout dans la communauté : c'est un *conquêt,* y compris même la part qui appartenait primitivement à la

femme : on a adjugé au mari toutes les parts des indivisaires, celle de la femme comme les autres. La femme n'a plus que le droit d'obtenir la portion du prix correspondant à la part qu'elle possédait.

Lorsque le retrait a lieu, *l'immeuble retrayé devient propre à la femme en totalité,* sauf remboursement à la communauté de la somme qu'elle avait payée pour l'acquérir.

971. Rétroactivité du retrait. — Dans l'opinion moderne qui veut voir un retrait dans l'art. 1408, l'immeuble reste conquêt jusqu'au moment où la femme exerce son droit de retrait ; c'est seulement quand il est retiré de la communauté qu'il devient propre à la femme, mais il le devient alors avec effet rétroactif. Il en est naturellement tout autrement dans la conception ancienne[1].

Cette rétroactivité du retrait fait remonter le droit de propriété de la femme jusqu'au jour de l'acquisition par le mari, comme si elle-même s'était portée adjudicataire. Il suit de là que *tous les droits établis dans l'intervalle sur cet immmeuble par le mari disparaissent* : les tiers sont sacrifiés dans l'intérêt de la femme (Besançon, 20 mars 1850, D. 52. 2. 287, S. 50. 2. 445 ; Grenoble, 18 août 1854, D. 56. 2. 61, S. 55. 2. 91).

Il est vrai que la loi ne parle pas de cette rétroactivité, mais sans elle le droit de la femme ne serait-il pas dérisoire ? Quel est le but de la loi ? Assurer à la femme la position qu'elle aurait si elle avait acheté elle même. Il faut donc que la femme soit considérée comme ayant toujours été propriétaire et que le mari ne puisse, en aliénant l'immeuble, lui enlever son droit.

RESTRICTION. — Cependant cette rétroactivité n'a pas pour effet de substituer absolument la femme aux lieu et place de son mari, à l'égard des anciens vendeurs de l'immeuble. En voici une conséquence remarquable. Si la femme était réputée avoir acheté à la place de son mari, entre elle et ses copropriétaires l'opération serait un partage, et ceux-ci, si le prix ne leur était pas payé, n'auraient contre elle aucune action en résolution, car ce droit n'appartient pas aux copartageants. Mais comme, à leur égard, c'est toujours le mari qui est acquéreur, ils pourront faire prononcer la résolution de la vente contre lui et, la vente résolue, reprendre leur bien entre les mains de la femme.

972. Bibliographie. — BABINET, *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 702. — Thèses : FLURER, Nancy, 1874 ; DELOM DE MEZERAC, Paris, 1886 ; GEROTA, Paris, 1911. — BOURCART, note dans *Sirey*, 91. 2. 49.

§ 3. — *Jouissance des propres.*

***973. Troisième élément actif de la communauté.** — Par les règles qui précèdent, on a pu juger ce que la communauté comprend, en fait de *propriété,* tant parmi les immeubles que parmi les meubles. Elle com-

[1] Il est à remarquer que le second alinéa de l'art. 1408 ne décide pas du tout à qui appartient l'immeuble pendant la durée de la communauté ; il se borne à ouvrir à la femme l'option qu'avait proposée Bourjon. C'est donc tout à fait gratuitement que la jurisprudence a abandonné l'idée traditionnelle d'après laquelle l'immeuble appartenait toujours à la femme, même quand c'était le mari qui avait acheté.

prend encore un troisième élément : la loi lui attribue en effet *la jouissance de tous les biens qui appartiennent en propre aux époux* (art. 1401-2°).

974. Distinction des revenus et des autres meubles. — Autrefois on ne distinguait pas parmi les meubles de la communauté, ceux qui lui appartiennent *comme capitaux*, et ceux qu'elle perçoit *comme fruits des propres*. Ainsi la coutume de Paris (art. 220) disait que les époux sont « communs en meubles », ce qui comprenait les deux éléments d'actif mobilier que nous distinguons aujourd'hui.

C'est Pothier qui proposa le premier cette séparation, en montrant l'intérêt qu'il y avait à la faire. Si les conjoints ont, par leur contrat de mariage, exclu les meubles de la communauté, pour la réduire aux acquêts, la communauté n'en conservera pas moins la jouissance des propres. Il importe donc de ne pas confondre ces deux choses en une seule.

***975. Application des règles de l'usufruit.** — Le droit de jouissance de la communauté est soumis en principe aux règles de l'usufruit. Ainsi les fruits civils lui sont acquis *jour par jour* et les fruits naturels seulement *par leur perception*. C'est ce qui résulte de la double expression employée dans l'art. 1401 : « *échus* ou *perçus* pendant le mariage ». Le mot « échus » convient aux revenus en argent ; le mot « perçus » aux fruits en nature. Comp. art. 585 et 586. Ainsi encore la communauté n'a droit aux *coupes de bois* dans les futaies qu'autant qu'il y a eu un aménagement régulier avant le mariage (art. 1403, al. 1 et 2). De même les produits des *carrières* et des *mines* ne tombent en communauté que si elles étaient déjà ouvertes au moment du mariage (art. 1403, al. 1). Si leur ouverture est postérieure, la communauté doit indemnité à l'époux pour tout le profit qu'elle en a retiré (art. 1403, al. 3).

976. Règles exceptionnelles. — Cependant on signale quelques différences entre ce droit de jouissance de la communauté et l'usufruit ordinaire. L'assimilation ne pouvait pas être absolue, parce qu'il existe pour les époux une règle particulière qui les empêche de s'enrichir aux dépens l'un de l'autre. De là découlent quelques différences qui portent sur les points suivants :

1° Coupes de bois non faites. — Si des arbres qui auraient dû être coupés ne l'ont pas été pendant la communauté, celle-ci devra être indemnisée du montant de la coupe non faite (art. 1403, al. 2). Un usufruitier ordinaire n'a droit à aucune indemnité pour les coupes de bois qu'il a négligé de faire (art. 590) ; il sait que son droit peut finir d'un jour à l'autre, c'est à lui de ne pas mettre de retard dans ses perceptions de fruits.

2° Récoltes sur pied a la dissolution. — Si une récolte se trouve préparée au moment où la communauté se dissout, elle appartient en entier à l'époux propriétaire du fonds, mais la communauté doit être indemnisée par lui des frais de semence et de labours. Autrement l'époux s'enrichit à ses dépens, en faisant une récolte qu'il trouve toute préparée.

Mais la réciproque n'est pas vraie. Si une récolte était sur pied au jour du mariage, elle appartient à la communauté, et l'époux qui en a fait les frais n'a pas droit à leur remboursement. Le motif en est simple : s'il avait gardé son argent, au lieu de l'employer à préparer la récolte, il ne l'aurait pas gardé en propre : cet argent serait devenu commun avec les autres valeurs mobilières.

Pour les usufruitiers ordinaires, la loi ne fait pas la même distinction : que la récolte

se trouve sur pied au commencement où à la fin de l'usufruit, il n'y a jamais lieu au remboursement des frais. La loi simplifie les comptes en tenant pour égales les chances de gain ou de perte des deux côtés.

3° Améliorations. — Ceci est beaucoup plus important. D'après l'art. 599, un usufruitier n'a jamais droit à une indemnité à raison des améliorations qu'il prétend avoir faites sur le fonds dont il avait la jouissance. Cette règle ne s'applique pas à la communauté : si le bien propre de l'un des époux a été amélioré avec de l'argent commun, il y a lieu à récompense au profit de la communauté.

4° Dispense d'inventaire et de caution. — Enfin le mari, représentant de la communauté, n'est pas obligé de faire inventaire et de donner caution, double obligation qui pèse en principe sur l'usufruitier (art. 600 et 601).

Section II. — **Modifications conventionnelles de l'actif commun.**

977. Distinction. — Les modifications que les particuliers apportent au régime légal par leur contrat de mariage ont tantôt pour but d'*augmenter* l'actif commun et tantôt de le *restreindre*.

§ 1. — *Clauses extensives.*

***978. Énumération.** — Les clauses qui augmentent l'actif de la communauté sont au nombre de deux : 1° l'*ameublissement* ; 2° la stipulation de *communauté universelle*.

A. — Ameublissement.

***979. Définition.** — On appelle « ameublissement » la convention par laquelle *les époux font entrer en communauté un ou plusieurs immeubles qui, d'après la loi, devraient leur rester propres*, soit parce qu'ils sont antérieurs au mariage, soit parce qu'ils doivent leur arriver un jour à titre de succession. Ces immeubles entrent en communauté comme les meubles, d'où le nom d'ameublissement.

L'ameublissement est régi par les art. 1505-1509.

980. Rareté des ameublissements. — Cette clause était autrefois d'un grand usage, ainsi qu'on en peut juger par les développements que Lebrun, Pothier et autres lui ont consacrés et par les indications qu'ils donnent. A une époque où les valeurs mobilières étaient peu de chose, les communautés auraient commencé avec un actif à peu près nul, et l'habitude était que la femme ameublît le tiers de ses immeubles, car sa dot lui était constituée ordinairement en biens immobiliers (Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. v, dist. 2)[1]. Ordinairement aussi le mari ameublissait une même quantité d'immeubles de façon à former une communauté à mises égales.

Cette habitude se perd de plus en plus. Les gens qui se marient en faisant un contrat de mariage ont au contraire une tendance à exclure de la communauté le plus de choses possible. Nos recueils d'arrêts n'ont pas publié de décision sur la matière depuis 1859.

981. Obscurité de la loi. — Réduite à elle-même, à ses principes naturels, la théorie de l'ameublissement serait fort simple à expliquer, si on pouvait se dispenser de lire la loi. Elle était très claire dans Pothier (*Communauté*, nos 303-314). Malheureuse-

[1] Comp. Molière : « Sais-je pas que le tiers du bien de la future || entre en communauté pour... — Oui, c'est chose sûre, || vous savez tout cela, mais qui vous en dit mot ? » (*École des femmes*, acte IV, scène 2).

ment les rédacteurs du Code l'ont beaucoup obscurcie, en multipliant le nombre des hypothèses.

1° Étendue de l'ameublissement.

982. Distinction. — D'après l'art. 1505, l'ameublissement peut porter sur *tout ou partie des biens présents ou futurs*. L'ameublissement pourrait donc être général et porter sur la totalité des immeubles. Toutefois, cet ameublissement de tous biens, que Pothier et Lebrun étudiaient en même temps que les autres, nous est présenté par le Code comme constituant une clause à part, tout au moins quand il est réciproque, sous le nom de *communauté universelle* (ci-dessous, n°s 988 et suiv.).

983. Intérêts de cette distinction. — Sauf l'allusion qui y est faite dans l'art. 1505, le Code a passé sous silence cette distinction, qui était formellement énoncée dans Pothier, *Communauté*, n° 304. Elle a cependant son intérêt à un double point de vue :

1° Garantie. — L'époux qui fait un ameublissement particulier est garant envers la communauté, si l'immeuble lui est ensuite enlevé par un tiers[1]. Au cas d'ameublissement général, il n'y a pas lieu à garantie, parce que celui qui dispose d'un ensemble de biens les transmet tels qu'il les a, avec les chances d'éviction qui le menacent lui-même.

2° Passif. — Un ameublissement particulier ne modifie en rien les règles ordinaires du passif de la communauté, parce que les dettes grèvent l'ensemble des biens, et non tel ou tel bien déterminé. Au contraire, un ameublissement général des biens présents ou des biens futurs ferait entrer en communauté les dettes immobilières correspondantes à cette masse de biens. Mais on verra que cette seconde conséquence est de peu d'application dans notre droit moderne, à cause de la rareté extrême, pour ne pas dire l'inexistence des dettes immobilières.

2° Effet de l'ameublissement.

***984. Distinction.** — Au point de vue de ses effets, l'ameublissement peut se faire de deux façons :

1° Ameublissement en propriété. — C'est l'effet le plus simple et le plus naturel de la clause : l'immeuble ameubli devient vraiment *un bien de communauté* ; il tombe pleinement dans la masse commune, en toute propriété.

2° Ameublissement en valeur. — L'ameublissement peut encore se faire de telle sorte que les immeubles qui en sont l'objet *restent la propriété de l'époux* auquel ils appartiennent. Cela arrive lorsque l'époux déclare faire l'ameublissement seulement *jusqu'à concurrence d'une certaine somme*. Ce qui entre alors en communauté, c'est seulement la valeur de l'immeuble jusqu'à la somme indiquée, et le mari, si l'ameublissement est fait par la femme, acquiert sur cet immeuble imparfaitement ameubli des pouvoirs spéciaux qui seront expliqués plus loin (n° 986).

985. Complication créée par le Code. — Très nette dans l'ancien droit[2], cette distinction a été embrouillée par le Code. Pothier appelait « ameublissement déterminé » l'ameublissement qui se fait en pleine propriété, parce qu'ordinairement il porte sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés, sur *tel* ou *tel* immeuble. Il appelait « ameublissement indéterminé » l'ameublissement qui se fait seulement pour la valeur

[1] La question avait fait difficulté dans l'ancien droit, mais Pothier avait fini par reconnaître l'existence de la garantie (*Communauté*, n° 311).

[2] Pothier, *Communauté*, n°s 305 à 314. Comp. Lebrun, *Communauté*, liv. I, chap. v, dist. 2, n°s 7 à 11. — Lebrun distingue quatre sortes d'ameublissements, mais qui en réalité se réduisent aux deux espèces indiquées par Pothier. En effet sa quatrième espèce d'ameublissement n'est autre que l'ameublissement général de tous biens, c'est-à-dire la communauté universelle, qui est nécessairement un ameublissement en pleine propriété. D'autre part les deux premières espèces qu'il énumère n'en font en réalité qu'une seule, qui est l'ameublissement en valeur ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et il reconnaît lui-même que les effets sont semblables et qu'il n'y a de différence que dans la façon dont la clause est énoncée. Il n'en reste donc que deux, les n°s 1 et 3 de son énumération, qui sont l'ameublissement en valeur et l'ameublissement en propriété.

des biens jusqu'à concurrence d'une somme convenue, parce que cette clause frappait toujours l'ensemble des immeubles, sans en spécifier aucun. C'est aussi ce que supposait Lebrun.

A ces deux catégories, le Code en a ajouté une troisième, et il a prévu le cas où l'ameublissement en valeur serait fait, non plus sur l'ensemble des biens, mais sur un immeuble déterminé (art. 1507, al. 3). Cette hypothèse nouvelle, qui vient compliquer la théorie, se trouvait déjà dans le projet de l'an VIII. Il en résulte que les auteurs modernes ont été obligés de dédoubler l'ameublissement déterminé de Pothier (celui qui porte sur un héritage particulier), et de distinguer *l'ameublissement déterminé de la première espèce* (art. 1507, al. 2), qui se fait en pleine propriété, et l'*ameublissement déterminé de la seconde espèce* (art. 1507, al. 3), qui se fait en valeur.

Tout cela est bien compliqué, mais qui en a cure? On n'use plus jamais de cette combinaison surannée, que les praticiens ont, pour la plupart, de la peine à comprendre.

986. Effet de l'ameublissement en valeur. — Le profit que retire la communauté d'un ameublissement déterminé de la première espèce, c'est-à-dire en pleine propriété, est facile à comprendre : le bien ameubli devient commun ou, comme on disait autrefois, il *sort nature de conquêt* (Pothier, *Communauté*, n° 305). Mais dans tous les cas où l'ameublissement est limité à une certaine somme, l'effet qui se produit est beaucoup moins simple. La communauté ne devient pas propriétaire de l'immeuble, qui reste propre à l'époux auteur de l'ameublissement. Cet époux se trouve seulement « obligé » à quelque chose envers la communauté (art. 1508, al. 1). C'est donc une *simple créance* que la communauté a acquise. Comp. Pothier, *Communauté*, n° 314.

Quel est l'objet de l'obligation ainsi contractée par l'époux? Il est tenu de mettre ses immeubles à la disposition de la communauté jusqu'à concurrence de la somme promise, ce qui produit deux conséquences différentes, selon l'époque que l'on considère.

1° *Pendant la durée de la communauté*, et en supposant que l'ameublissement a été fait par la femme, le mari peut hypothéquer les immeubles qu'elle a ameublis, jusqu'à concurrence de la somme indiquée (art. 1507, al. 3 ; art. 1508, al. 2). C'est là une singularité remarquable, car la loi refuse au mari, dans les mêmes textes, le pouvoir d'aliéner[1], ou du moins il ne peut le faire qu' « avec le consentement de la femme », ce qui revient à dire que c'est la femme qui aliénera elle-même son immeuble avec le consentement de son mari. En règle générale, ceux qui ne peuvent pas aliéner ne peuvent pas hypothéquer (t. II, n°s 2770 et suiv.).

Cette première conséquence de l'ameublissement en valeur devient inutile, quand il émane du mari : celui-ci peut hypothéquer son immeuble, et sans limitation de sommes, non pas parce que l'immeuble est ameubli, mais parce qu'il en est propriétaire.

2° *Après la dissolution de la communauté*, si la communauté n'a pas recueilli le profit de l'ameublissement au moyen d'une constitution d'hypothèque, l'époux se trouve obligé de *comprendre ses immeubles dans le partage jusqu'à due concurrence*. Comp. Pothier, n° 313. On laisse à l'époux le droit de choisir parmi ses immeubles ceux qui seront mis en partage avec les biens de communauté.

987. Caractères de l'obligation de l'époux. — L'obligation dont se trouve tenu l'époux qui a fait l'ameublissement est absolue et la femme ne peut pas s'en affranchir en renonçant à la communauté.

Mais cette obligation a un objet limité ; elle ne grève que les immeubles qui ont été compris dans l'ameublissement, et non le reste du patrimoine propre à l'époux. C'est, comme on l'a dit, un *assignat limitatif*. De là découle une double conséquence :

1° Si les immeubles frappés d'ameublissement sont inférieurs à la somme indiquée, l'époux ne doit pas être contraint de compléter cette somme sur ses autres biens.

2° Si ces immeubles, suffisants à l'origine, périssent ou se détériorent, la perte est

[1] Le Code s'écarte ici du sentiment de Pothier, qui reconnaissait au mari le pouvoir d'aliéner, mais c'était une opinion qui lui était personnelle (*op. cit.*, n° 313).

pour la communauté, parce que son droit ne va pas au delà des biens qui lui ont été assignés.

B. — Communauté universelle.

988. Son caractère exceptionnel. — La stipulation qui rend communs tous les biens des époux est permise par l'art. 1526. Un texte spécial était nécessaire, car l'art. 1837 défend les sociétés universelles entre particuliers, ou du moins ne permet d'y faire tomber les biens à venir que pour la jouissance. Comp. ci-dessus, n° 796-4°.

***989. Ses effets.** — L'effet de cette clause est très simple : tous les biens des époux, les immeubles aussi bien que les meubles, les biens futurs comme les biens présents, font partie de la communauté.

Cependant on peut encore trouver sous ce régime quelques rares éléments d'actif qui restent propres aux époux. Tels sont :

1° Les biens qui leur seraient donnés ou légués par un tiers à la condition qu'ils n'entrent pas dans la communauté ;

2° Les biens qui sont incessibles par leur nature. Ces biens ne peuvent pas entrer en communauté. Leur acquisition est pour ainsi dire accompagnée d'une clause tacite qui les exclut.

***990. Son caractère onéreux.** — La stipulation de la communauté universelle n'a pas en principe le caractère d'une libéralité ; c'est une convention de mariage. Cependant la Cour de cassation a admis qu'elle pouvait à l'occasion être considérée comme une libéralité déguisée, donnant lieu à la perception des droits fiscaux et sujette à réduction en cas d'atteinte à la réserve, lorsque l'apport de l'un des époux est nul ou insignifiant, tandis que celui de l'autre est considérable (Cass., 3 avril 1843, D. 43. 1. 210, S. 43. 1. 289 ; Cass., 18 janv. 1888, D. 88. 1. 174, S. 90. 1. 179).

991. Sa rareté. — C'est le moins usité de tous les régimes matrimoniaux. En 1898, sur 82346 contrats de mariage, il n'y en a eu que 258 à adopter la communauté universelle, dont 162 dans le ressort de Douai, 22 dans celui de Bordeaux et 8 en Normandie (Caen et Rouen réunis). Dans plusieurs ressorts, on n'en a pas vu un seul cas (*Bulletin de statistique*, 1899, p. 141 ; *Bulletin de la société de législation comparée*, juin 1900, p. 564).

§ 2. — *Clauses restrictives.*

****992. Leur importance pratique.** — Dans la pratique les clauses restrictives sont beaucoup plus fréquemment employées que les clauses extensives. Depuis que la fortune mobilière s'est développée, on s'est éloigné peu à peu de l'ancienne habitude qui faisait tomber dans la communauté le mobilier entier, tout ce que les époux avaient de meubles en se mariant, tout ce qu'ils en acquéraient par la suite, par succession, donation ou legs. Quand une personne, riche en valeurs mobilières, épouse une personne riche en immeubles, le mariage lui fait perdre la moitié de sa fortune sans qu'elle acquière rien de celle de son conjoint. On évite cet inconvénient en faisant un contrat de mariage par lequel on exclut ce mobilier de la commu-

nauté ; c'est ce qu'on appelle *réduire la communauté aux acquêts*. C'est le plus usité de tous les régimes matrimoniaux conventionnels. En 1898, sur 68 412 contrats ayant adopté le principe de la communauté, 67 288 portaient la clause de réduction aux acquêts ; 866 contrats seulement avaient adopté le régime légal.

993. Distinction. — Il faut distinguer deux catégories de clauses d'exclusion : les unes sont *expresses*, les autres *tacites*.

A. — Exclusion expresse.

1° Forme et étendue de la clause.

***994. Dénominations diverses.** — Quand elle est expresse, l'exclusion porte différents noms. On l'appelle en général *stipulation de propres* ou *exclusion de communauté*. Telles sont du moins ses qualifications les plus courantes dans les contrats de mariage, qui sont très claires, mais il en est une autre qui a besoin de quelque explication : c'est celle de *clause de réalisation*, qui ne peut se comprendre que par la connaissance d'un vieil usage. Anciennement le qualificatif « réel » s'employait spécialement à propos des immeubles. Ainsi notre saisie immobilière s'appelait *saisie réelle*, les actions immobilières s'appelaient *actions réelles* ; et cette expression, familière aux praticiens, est restée dans l'art. 59 C. proc. civ. : « En matière réelle. » C'est ainsi encore que le *Dictionnaire de l'Académie* définit toujours de cette façon le mot « réel » (comp. t. I, n° 2245). Il était donc tout simple, quand on excluait des meubles de la communauté, de dire qu'on les *réalisait*, pour dire qu'on les assimilait aux immeubles, seuls biens qui fussent propres d'après la coutume. Tel était le langage du XVIIe siècle ; Lebrun n'en emploie pas d'autre. L'expression *réalisation* se rencontre encore de nos jours avec ce sens ; mais elle tend à disparaître[1].

Ainsi les *meubles réalisés* sont des meubles exclus de la communauté, et cette expression s'oppose à *propres ameublis*.

***995. Étendue variable de l'exclusion.** — Quels sont les meubles que l'on peut exclure de la communauté ? Les art. 1498 et 1500 répondent à cette question en nommant le *mobilier présent* et le *mobilier futur*.

Le mobilier présent est celui que les époux possèdent au moment où ils se marient. Toutes les fois qu'il est exclu, l'art. 1404 devient inapplicable. Sur la disposition de cet article, voyez ci-dessus, n°s 927 à 929. Comme aucun meuble antérieur au mariage ne doit entrer en communauté, il n'y a

[1] Au XVIIIe siècle le mot « réalisation » prit dans la langue des affaires un autre sens, Lors de la débâcle de la Banque de Law, on se hâta de *réaliser*, c'est-à-dire de transformer en espèces les effets de valeur fictive qu'on avait en mains. Le mot est resté dans la langue avec ce sens : réaliser sa fortune, c'est la transformer en argent comptant.

plus de fraude à craindre par l'effet de la transformation de la fortune de l'un des époux.

L'expression « mobilier futur » a ici un sens traditionnel. Ce n'est pas tout le mobilier que les époux acquerront pendant le mariage, mais seulement celui qui leur arrivera à titre gratuit, par succession, donation ou legs.

Pour le mobilier futur, comme pour le mobilier présent, l'exclusion peut être totale ou partielle. Quand elle est totale, elle peut porter à la fois sur le mobilier présent et sur le mobilier futur, ou seulement sur l'un des deux.

L'exclusion du mobilier peut être *réciproque,* c'est-à-dire stipulée par chacun des deux époux à son profit. Mais cela n'est pas nécessaire, et elle peut fort bien être *unilatérale,* l'un des deux époux laissant tomber son mobilier en communauté, tandis que l'autre en retire le sien. On peut donc se livrer aux combinaisons les plus variées.

2° Effet de l'exclusion.

****996. Réserve de la propriété.** — A qui appartient le mobilier exclu ? Est-ce à la communauté ou à l'époux ? Voilà une question qui peut sembler étrange, et cependant il est nécessaire de l'examiner.

Anciennement les meubles exclus, *réalisés,* selon l'expression du temps, se trouvaient dans une position un peu ambiguë. Voici ce qu'en disait Pothier (*Communauté,* n° 325). Ils sont « réputés immeubles... à l'effet d'être exclus de la communauté » ; ce sont des « propres conventionnels ». Mais « il y a une *grande différence* entre ces propres conventionnels et les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté ». Les propres réels ne se confondent pas avec les biens communs et le conjoint à qui ils appartiennent continue durant le mariage d'en être seul propriétaire comme il l'était auparavant ; tandis que les propres conventionnels entrent en réalité dans la communauté qui en devient propriétaire, à la charge d'en restituer la valeur après sa dissolution. Leur réalisation et leur exclusion de communauté ne consistent donc que dans *une créance de reprise de leur valeur*, que le conjoint qui les a réalisés a le droit d'exercer après la dissolution de la communauté. Il n'en est pas *propriétaire*, mais seulement *créancier*. Aussi appelait-on souvent les meubles réalisés des *propres fictifs*.

Sous l'empire du Code, quelques jurisconsultes, notamment Merlin, ont encore suivi la même idée ; mais cette opinion n'a pu se maintenir longtemps.

En effet l'art. 1498 s'explique en termes catégoriques : « Le mobilier est *exclu* » ; il reste donc réellement propre à chaque époux. L'ancienne distinction des propres réels et des propres fictifs a ainsi disparu avec l'ancien droit ; le Code l'ignore. La jurisprudence a paru quelque temps hésitante : cependant la solution qui maintient réellement à l'époux la propriété de son

mobilier se trouve incidemment, mais très nettement énoncée, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes (Cass., 5 nov. 1860, D. 61. 1. 81, S. 61. 1. 49).

***997. Conséquences pratiques.** — La solution du droit nouveau entraîne diverses conséquences que n'admettait pas l'ancien droit.

1° *Le mobilier exclu reste aux risques de l'époux auquel il appartient* ; c'est pour lui qu'il périt, s'améliore ou se détériore. Jadis c'était pour la communauté ; l'époux restait toujours créancier d'une somme fixe.

2° *Le mari ne peut pas aliéner le mobilier réalisé par sa femme* ; il n'a sur lui qu'un simple droit d'administration et de jouissance. Cependant ceci a été controversé (ci-dessous, n° 1048).

3° *Les créanciers du mari ne peuvent pas saisir le mobilier réalisé par la femme.* Ce mobilier n'est pas compris dans la communauté qui leur sert de gage.

4° *La reprise du mobilier se fait en nature,* conformément à l'art. 1470, l'époux en est resté propriétaire.

***998. Cas où le mobilier exclu devient propriété commune.** — Par exception à la règle indiquée au n° 996, la communauté acquiert parfois la propriété du mobilier réalisé. Ceci arrive pour les catégories suivantes :

1° MEUBLES CONSOMPTIBLES. — La communauté a la jouissance de tous les biens propres des époux. Or les meubles consomptibles sont tels qu'on ne peut s'en servir sans les consommer (t. I, n°s 2179-2180). Le droit de la communauté se transforme donc sur eux en *quasi-usufruit,* et elle devient propriétaire de ces meubles et débitrice de leur valeur.

2° MEUBLES ESTIMÉS. — Souvent le mobilier est livré à la communauté avec estimation de sa valeur en argent. On applique alors un vieil adage, d'après lequel *l'estimation vaut vente,* sauf stipulation contraire. L'époux est censé avoir vendu son mobilier à la communauté, en réservant le droit au prix à titre de reprise. — L'art. 1551 exprime cette règle pour la dot mobilière, à l'occasion du régime dotal, et on l'étend par analogie à la communauté. La jurisprudence admet depuis longtemps cette extension (Paris, 11 mai 1837, S. 37. 2. 306 ; Cass., 14 nov. 1885, D. 55. 1. 461, S. 56. 1. 11). Néanmoins on doit tenir compte de l'intention des époux, et s'il était démontré que l'estimation a eu un autre but, l'époux conserverait la propriété de son mobilier (Cass., 14 mars 1877, D. 77. 1. 353, S. 78. 1. 5). Ordinairement, du moins dans les contrats de mariage récents, on s'explique d'une manière précise sur ce point.

3° MEUBLES DESTINÉS A ÈTRE VENDUS. — Enfin les meubles que leur nature destine à la vente deviennent propriété commune, sauf reprise de leur valeur. Tels sont les produits d'une carrière qui n'ont pas le caractère de fruits. Tout au moins ils sont à la disposition du mari ; car il faut bien qu'il puisse les vendre, et la reprise a lieu seulement pour le prix.

Dans ces trois cas exceptionnels, la communauté devient propriétaire des meubles exclus, et l'époux est seulement créancier de leur valeur. On devra donc donner des solutions inverses de celles qui ont été indiquées au n° 997 ; le mari pourra aliéner ; les risques seront pour la communauté, etc.

Il reste à déterminer la somme qui fera l'objet de la reprise. Pour les choses estimées, ce sera le montant de leur estimation ; pour les deux autres cas, ce sera la valeur de choses de même nature.

3° Forme usuelle de la clause d'exclusion.

(Communauté d'acquêts.)

** **999. Sa fréquence.** — Ordinairement l'exclusion du mobilier est réciproque et elle porte à la fois sur le mobilier présent et sur le mobilier futur. On obtient ainsi ce qu'on appelle la *communauté réduite aux acquêts.*

Ce genre de communauté est celui qu'on adopte le plus souvent, tout au moins dans les départements des anciens pays de coutume, quand on fait un contrat de mariage. C'est la forme habituelle de la communauté conventionnelle (voyez ci-dessus, n° 992).

* **1000. Rédaction ordinaire de la clause.** — Les contrats de mariage qui adoptent ce régime sont souvent conçus de la manière suivante :

« Article premier. — Les futurs époux déclarent adopter pour base de leur union le régime de la communauté tel qu'il est établi par le Code civil, sauf les modifications résultant des articles ci-après.

« Article 2. — *Stipulation de propres.* Les époux se réservent en propre leur mobilier présent, ainsi que les meubles qui pourront leur advenir par succession, donation ou legs.

« Article 3. — *Séparation des dettes.* Les futurs époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles. »

Ce sont les formules traditionnelles du notariat. Elles remontent à l'ancien droit, au temps où les coutumes officiellement rédigées ne connaissaient et ne réglaient qu'un seul type de communauté, celui que nous appelons la communauté légale. Mais depuis 1804 la loi prévoit et réglemente elle-même, dans les art. 1498 et 1499, le régime de communauté réduite aux acquêts, et sans les habitudes de copie qu'on a dans les études de notaire, où l'on aime toujours, par une prudence bien naturelle, à reproduire la forme des actes antérieurs, on pourrait établir cette communauté par un article unique du contrat se référant à l'art. 1498, au lieu de viser les art. 1400 et suivants.

* **1001. Actif de la communauté réduite aux acquêts.** — Par suite de l'exclusion générale du mobilier présent et du mobilier futur, l'actif de cette communauté se trouve singulièrement réduit. Il ne s'alimente plus

que par *les revenus des époux*, et à ce point de vue il y a lieu de distinguer les *fruits* qui proviennent des propres, et les *produits du travail*.

***1002. Revenus des propres.** — De même que la communauté légale, la communauté réduite est *usufruitière universelle des biens des époux*. Si donc il reste quelques économies à la fin de l'année, le profit en est pour la communauté (art. 1498 *in fine*).

Ce droit de jouissance des propres est soumis aux mêmes régles que sous la communauté légale, sauf en un point. Quand une récolte est sur pied au début du mariage, la communauté légale en bénéficie sans être obligée d'en rembourser les frais à l'époux, parce qu'elle aurait également acquis ces sommes à titre de meubles, si elles n'avaient pas été employées de la sorte. Sous la communauté réduite aux acquêts, comme les meubles antérieurs au mariage restent propres, la solution ne peut plus être la même et la communauté doit récompense à l'époux (Limoges, 31 août 1863, S. 64. 2. 204). Il a cependant été jugé que l'époux n'avait droit à aucune récompense par application de l'art. 585 (Bordeaux, 3 févr. 1873, D. 73. 2. 162, S. 73. 2. 107). Cette décision ne me semble pas devoir être suivie : la communauté ne peut pas être assimilée à un usufruitier ordinaire ; il existe pour elle un principe spécial, écrit dans l'art. 1437, qui déroge nécessairement aux règles habituelles de l'usufruit ; tout enrichissement de la communauté aux dépens de l'un des époux donne lieu à récompense.

1003. Loyers touchés d'avance. — Lorsque l'un des époux, propriétaire d'un immeuble, a touché d'avance et sans fraude, avant de se marier, une partie des loyers ou fermages, on se demande si la communauté aura le droit de réclamer ces revenus, au cas où l'époque à laquelle ils correspondent se placerait pendant sa durée. La Cour de cassation a jugé négativement (Cass., 27 mai 1879, D. 81. 1. 297, S. 80. 1. 393), parce que la communauté n'a droit qu'aux fruits *échus* ou *perçus* pendant le mariage (art. 1498). Cet arrêt a certainement donné une fausse interprétation de la loi : le mot « échus » s'applique aux fruits civils (ci-dessus, n° 975), et c'était ici le cas de s'y conformer ; la communauté doit acquérir ces fruits *jour par jour*, et peu importe l'époque de leur perception réelle. Comp. GUILLOUARD, t. III, n. 1451.

***1004. Produits du travail.** — L'art. 1498 les appelle « produits de l'*industrie* ». C'est le vieux sens du mot, qui était très large et comprenait toutes les formes de l'activité humaine. Le mot « industrie » a pris de nos jours un sens plus étroit, et nous dirions aujourd'hui plus volontiers « produits du travail ».

Quel que soit le genre du travail des époux, industrie proprement dite ou commerce, travail manuel ou profession libérale, ses produits tombent en communauté. Et ceci est vrai également quelle que soit la nature du produit ou quel que soit le nom qu'il porte, *salaires, bénéfices, traitement, remunération quelconque*[1]. La communauté est formée précisément pour la

[1] Toutefois on ne considère pas comme un produit du travail les sommes léguées à

mise en commun de tous les efforts ; c'est une association de travail. Même les produits qui n'ont pas le caractère périodique des fruits, tels que les *œuvres littéraires et artistiques* et les *inventions*, appartiennent à la communauté, lorsque ces œuvres ou inventions sont faites pendant le mariage.

La loi parle de l'industrie *commune* des époux. L'épithète est de trop. Il est indifférent que le travail se fasse en commun ou qu'il soit personnel à l'un des époux.

1005. Cas exceptionnel. — Malgré la généralité de la règle, il peut cependant arriver que le produit de l'industrie, au lieu de former une valeur commune, vienne s'incorporer dans un bien propre. Comme exemple, on peut citer la plus-value obtenue par une étude de notaire appartenant comme propre à son titulaire. Cette plus-value, ne forme pas un bien distinct de l'office ministériel, auquel elle s'incorpore ; elle reste donc propre comme lui (Cass., 14 avril 1893, D. 93. 1. 351, S. 93. 1. 416). On évite par là une difficulté considérable qu'aurait entraînée l'appréciation de cette plus-value, si on l'avait attribuée à la communauté ; d'ailleurs sa cause peut être en partie fortuite. Comp. Cass., 25 oct. 1909, D. 1910. 1. 257, et la note de M. Pierre Binet.

1006. Gains fortuits. — On ne doit pas confondre avec les produits du travail un certain nombre de sommes ou valeurs, gagnés fortuitement par les époux. Tels sont :

1° La portion d'un *trésor*, attribuée à l'un des époux comme inventeur ;

2° Les gains dans les *jeux de hasard* ;

3° Les *lots* gagnés dans une loterie ou dans un tirage d'obligations.

Toutes ces choses, n'étant pas le produit d'un travail, n'appartiennent pas à la communauté et restent propres à l'époux qui les acquiert. Toutefois, il y a quelques difficultés. Ainsi les gains faits au jeu sont attribués à la communauté par certains auteurs (Aubry et Rau, t. V, § 522, p. 449, note 8 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 161 *bis*-v). D'autres distinguent entre les jeux de pur hasard et ceux qui supposent une certaine habileté ou adresse de la part du joueur, et ne réservent en propre à l'époux que le produit des premiers (Rodière et Pont, t. II, n° 1248). Il n'y a pas de jurisprudence sur la question.

Quant aux lots, la décision donnée ci-dessus suppose que le billet ou le titre qui est sorti au tirage appartient en propre à l'époux, soit qu'il s'agisse d'obligations comprises dans sa fortune personnelle, soit que le billet de loterie lui ait été donné avec clause d'exclusion de communauté. Mais s'il s'agissait d'un billet de loterie pris au cours du mariage, le lot gagné appartiendrait certainement à la communauté, parce qu'il a été payé avec de l'argent pris sur les revenus qui lui appartiennent ; c'est pour elle que la chance de gain a été achetée.

1007. Indemnités d'assurances. — Une difficulté du même ordre s'élève pour l'indemnité payée à l'un des époux, à raison d'un accident dont il a été victime. Quelques-uns veulent la faire tomber en communauté, parce qu'elle représente l'activité et le travail de l'époux, que l'accident a détruits ou amoindris. On a fort bien répondu que cette activité était propre à l'époux et que la communauté en gagnait seulement les produits ; l'indemnité doit donc rester propre à l'époux blessé, et la communauté profitera seulement des intérêts qu'elle pourra rapporter.

Il conviendrait de donner encore la même solution dans le cas où l'indemnité serait payée à l'époux par une compagnie d'assurances. On objecte qu'alors l'*indemnité* correspond aux *primes* et que celles-ci ont été payées par la communauté ; qu'il est donc juste que ce soit la communauté qui encaisse la somme. Mais l'indemnité correspond en réalité au dommage subi par l'époux ; c'est sur ce dommage qu'elle se mesure, parce qu'elle est destinée à le réparer ; elle doit donc rester propre à l'époux, sauf indemnité à la communauté pour les primes qu'elle a payées. En ce sens Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de ma-

un domestique, à titre de pure libéralité. C'est un *don*, qui n'entre pas en communauté (Chambéry, 25 août 1879, D. 80. 2. 196, S. 80. 2. 53).

riage, n° 958. En sens contraire Orléans, 31 mai 1907, P. et S. 1909. 2. 113, qui fait tomber l'indemnité en communauté ; voyez la note de M. DEMOGUE sous cet arrêt.

***1008. Actif immobilier de la communauté.** — De tout ce qui précède, il résulte que les éléments de la communauté d'acquêts sont purement mobiliers. Elle peut cependant arriver à posséder des immeubles, si les époux réalisent des économies un peu considérables et finissent par faire un placement immobilier.

Hors le cas d'économies suivies de placements, soit en immeubles, soit en valeurs mobilières[1], la communauté d'acquêts reste vide : sa caisse s'épuise à mesure qu'elle se remplit, parce qu'il n'y entre que des revenus qui se consomment à peu près aussitôt qu'ils sont acquis.

4° Communauté réduite aux acquêts immobiliers.

1009. Effet de la clause. — Cette communauté résulte de l'*exclusion totale du mobilier futur, même de celui qui sera acquis à titre onéreux*. De cette façon, il ne peut y avoir dans la communauté, en fait de capitaux, que des *acquêts immeubles*. Quant aux acquêts mobiliers, ils appartiennent au mari comme sous le régime sans communauté.

1010. Son emploi. — Cette clause est usitée en Belgique, et plus encore en Normandie, où les notaires y ont vu un moyen de reconstituer approximativement l'ancien régime matrimonial de la coutume. D'après les art. 329 et 330 de la coutume de Normandie, bien qu'il fût défendu de stipuler la communauté, la femme avait droit à une part importante des conquêts, qui variait selon les localités. C'était tantôt une moitié et tantôt un tiers, et on le lui donnait tantôt en pleine propriété, tantôt en usufruit seulement. Voyez les deux articles précités.

1011. Sa validité. — La validité de cette clause a été quelquefois contestée (COLMET DE SANTERRE, t. VI, n° 162 *bis*-VIII). Elle ne semble guère douteuse, puisque les époux peuvent supprimer entièrement la communauté. La femme se trouve encore mieux partagée que sous le régime sans communauté, sous lequel le mari garde tous les acquêts, tant immobiliers que mobiliers. Pas de jurisprudence sur la question. Voyez DALLOZ, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 941.

B. — Exclusion tacite.

***1012. Clause entraînant exclusion.** — L'exclusion tacite du mobilier résulte indirectement de la *clause d'apport* (art. 1500-1503)[2]. On appelle ainsi la clause par laquelle l'un des époux s'engage à apporter quelque chose à la communauté. C'est une *promesse d'apport*, c'est-à-dire de mise en communauté, qui entraîne implicitement l'exclusion de tout ce qui ne s'y trouve pas compris : l'époux met en communauté ce qu'il a promis d'y apporter, et réalise le surplus de son mobilier.

1013. Distinction. — La clause d'apport se présente sous deux formes différentes.

[1] Elle pourrait aussi acquérir la propriété d'un immeuble par l'effet d'un ameublissement. Voyez à cet égard, Paris, 22 mars 1900, D. 1900. 2. 165, et la note de M. de Loynes qui critique très justement cet arrêt.

[2] En général on considère également comme un cas d'exclusion tacite la *clause d'emploi*, par laquelle un des époux stipule qu'il sera fait emploi à son profit, et à titre de propre, d'une certaine somme apportée par lui. J'estime qu'il y a en ce cas *exclusion expresse*, car la valeur soumise à emploi est réellement exclue de la communauté, mais c'est elle qui fait l'*objet direct* de la clause d'exclusion.

I. Apport d'un ou de plusieurs biens déterminés. — Par suite d'un apport ainsi limité, tout le mobilier se trouve exclu, à l'exception des objets dont l'apport a été promis et qui seuls tombent en communauté.

II. Apport limité a une certaine somme. — On suppose que l'époux déclare apporter à la communauté son mobilier jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. La fixation d'une limite par un chiffre entraîne exclusion de communauté pour le surplus, puisque l'époux n'a voulu laisser entrer son mobilier que jusqu'à cette somme et pas au delà.

Dans ce second cas, l'exclusion ne produit pas les mêmes effets que dans le précédent. Elle n'empêche pas la communauté de devenir propriétaire de tout le mobilier, même de ce qui dépasse la valeur fixée ; elle autorise seulement l'époux à exercer une action en reprise, lors du partage, pour l'excédent. L'art. 1503 est bien formel sur ce point : lors de la dissolution de la communauté l'époux prélève « *la valeur* de ce dont le mobiler qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté ». En d'autres termes, l'excédent du mobilier se trouve exclu, non *pas en nature*, mais *en valeur*; l'époux n'en reste pas *propriétaire*; il en est seulement *créancier*.

1014. Preuve de l'apport. — Les clauses d'apport rendent l'époux *débiteur* envers la communauté (art. 1501); il a promis d'apporter quelque chose et, comme tout débiteur, il est obligé de justifier de sa libération (même art.). C'est donc lui qui doit prouver qu'il a effectué son apport. Comment se fera cette preuve?

Pour le mobilier présent, l'apport de la femme se trouve établi par la *quittance* que le mari lui donne à elle-même ou à ceux qui l'ont dotée (art. 1502, al. 2). Sur la clause du contrat, portant que la célébration du mariage vaudra quittance de l'apport, voyez ci-dessus, n° 863.

Pour le mari, on ne pouvait pas employer le même procédé, car la femme n'a pas qualité pour lui donner quittance de ses apports au nom de la communauté. Aussi, d'après l'art. 1502, al. 1, l'apport du mari est suffisamment justifié *par sa propre déclaration* portée au contrat. C'est alors à la femme et à ses parents, s'ils ne veulent pas être trompés, à prendre leurs renseignements pour vérifier les affirmations du mari.

CHAPITRE IV

ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ

****1015. Uniformité de sytème.** — Quelle que soit l'étendue de la communauté, légale, universelle ou réduite aux acquêts, son administration est toujours soumise aux mêmes règles : il n'y a pas plusieurs *régimes* de communauté, il n'y en a qu'un seul ; l'étendue de la masse commune est la seule chose qui varie (art. 1528).

1016. Système de Cambacérès. — Dans ses deux premiers projets, Cambacérès donnait un droit égal aux deux époux pour la gestion de leurs intérêts communs : aucun acte important n'aurait pu se faire sans l'accord de leurs volontés. Il renonça à son idée dans son troisième projet, disant que « cette administration commune détruirait par ses débats le charme de la vie domestique ». Cependant on arrive en fait à un système à peu près semblable à cause de l'hypothèque de la femme qui grève les biens du mari ; celui-ci a besoin du consentement de sa femme pour aliéner ou pour hypothéquer ses immeubles (voyez t. II, n°s 3464 et suiv.). Comp. Viollet, 1re édit., p. 669 ; 2e édit., p. 781 et

suiv. — Sur le principe germanique de la *main conjointe* (Gesammte Hand), ou d'administration en commun, qui empêche un époux de disposer seul de sa part des biens communs, voyez C. civ. allemand, art 1442, et MEULENAERE. *passim.*

****1017. Système actuel.** — D'après le Code civil, *l'administration de la communauté appartient au mari.* Elle lui appartient en *sa qualité de chef* et par suite on n'y peut porter aucune atteinte par les clauses du contrat de mariage (art. 1388 et ci-dessus, n° 800). Tous les pouvoirs lui appartiennent : sa femme n'en a aucun, si ce n'est dans quelques cas exceptionnels ou il lui est permis de disposer des biens communs (ci-dessous, n°s 1041 à 1043). Mais des lois récentes, dont la principale est celle du 13 juillet 1907, ont accordé à la femme des pouvoirs propres considérables sur les biens communs (ci-dessous, n°s 1044 et 1045).

§ 1. — *Pouvoirs du mari.*

1018. Ancien droit. — Autrefois le mari était *seigneur et maître* de la communauté. La coutume de Paris disait : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles, en telle manière qu'il les peut *vendre, aliéner* ou *hypothéquer* et *en faire et disposer* par donation ou autre disposition entre vifs, *à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme* » (art. 225). Comp. LOYSEL, n° 118. Pothier remarquait même qu'il pouvait *abuser de son pouvoir* et laisser perdre ou dépérir tous les biens communs sans être tenu d'indemniser sa femme : il peut laisser les prescriptions s'accomplir, *dégrader les héritages, briser les meubles, tuer les animaux par brutalité*, etc. » (Pothier, *Communauté*, n° 470)[1].

1019. Critiques anciennes contre les coutumes. — Depuis longtemps on dirigeait des critiques contre les coutumes et on se plaignait des droits excessifs qu'elles accordaient au mari sur les biens communs. Qu'on lui permette d'administrer en pleine liberté, soit ; mais donner ! « Donner, c'est *perdre* », disait Ferrière. Cela était d'autant plus grave que ce qu'il donne appartient pour moitié à sa femme ; un tel pouvoir est contraire à l'essence de la société qui existe entre époux (LAURENT).

***1020. Réforme de 1804.** — Le Code a tenu compte de ces critiques ; il a restreint notablement les pouvoirs du mari, et cependant il n'a peut-être pas fait assez : on a déjà vu (ci-dessus, n° 911) combien on se préoccupe actuellement des droits considérables que la loi accorde au mari et des abus qui en résultent.

Les règles actuelles *varient selon la nature des actes.*

A. — Actes à titre onéreux.

****1021. Conservation de l'ancienne règle.** — Tous les actes à titre onéreux peuvent être faits par le mari, actes d'administration et actes de disposition, baux, ventes, échanges, constitution d'hypothèques ou de

[1] Beaumanoir disait de même : « Voire est que tant comme il vivent ensemble, li hons en est mainburnisseres, et convient que la fame suefre et obeïsse de tant comme il appartient a leur muebles et as despueilles de leur eritages : tout soit ce que la fame i voie perte tout apertement, si convient i qu'ele en suefre la volenté de son seigneur » (BEAUMANOIR, édit. Salmon, n° 622 ; édit. Beugnot, chap. XXI, 2).

servitudes, etc. Il peut les faire *seul et sans le concours de sa femme* (art. 1421), sauf l'effet de l'hypothèque légale signalé ci-dessus (n° 1016). Il n'y a de restriction qu'au cas de fraude (ci-dessous, n° 1022).

1022. Nullité des actes frauduleux. — Déjà dans l'ancien droit les pouvoirs du mari étaient soumis à une restriction qui subsiste encore aujourd'hui. L'art. 225 de la coutume de Paris, après avoir énoncé dans toute leur étendue les pouvoirs qu'elle lui reconnaissait, ajoutait cependant cette réserve que le mari devait agir « *sans fraude* ». Cela est encore vrai, bien que les textes actuels (art. 1421 et suiv.) ne contiennent plus la même réserve ; c'est l'effet des principes généraux et de la maxime : « Fraus omnia corrumpit. » Toute espèce de doute est supprimée par l'application qui en est faite à un cas particulier, dans l'hypothèse du divorce, par l'art. 243 actuel, 271 ancien[1].

La fraude du mari consisterait à s'enrichir aux dépens de sa femme, par exemple en faisant une aliénation à un prête-nom qui serait chargé de lui restituer les biens. — Considérable en théorie, cette restriction des pouvoirs du mari est à peu près nulle en pratique ; la disposition de la loi fait l'office d'une mesure préventive qui empêche les fraudes. Voyez cependant Bordeaux, 7 fév. 1878, D. 79. 2. 124 : une vente à rente viagère de tous les immeubles, contenant une libéralité déguisée, a été annulée sur la demande des héritiers de la femme, parce qu'elle avait été faite à un moment où la femme était sur le point de mourir et que la rente avait été constituée sur la tête du mari. — Comp. Cass., 11 nov. 1895, D. 96. 1. 44, S. 96. 1. 281 ; Paris, 12 févr. 1903, D. 1904. 2. 353.

B. — Donations entre vifs.

1° Restriction moderne des pouvoirs du mari.

***1023. Dispositions de la loi actuelle.** — Autrefois le mari pouvait *donner* les biens de communauté sans aucune restriction, mais le Code a restreint ses pouvoirs (art. 1422). La loi distingue les donations de meubles et les donations d'immeubles. *Les donations immobilières sont défendues au mari.* Quand aux donations *mobilières*, elles lui restent *permises en principe*, sauf dans deux cas exceptionnels : 1° lorsqu'il s'agit d'une *universalité de meubles* ; 2° lorsque la donation est faite *avec réserve d'usufruit pour le mari.*

1024. Critiques. — Un pareil système est plein d'inconvénients. Notre Code subit encore l'influence de la vieille maxime « Vilis mobilium possessio » ; il est défendu au mari de donner un bout de champ qui vaut 60 francs et il pourra donner une inscription de rente valant 100 000 francs et davantage ou une liasse d'obligations de chemins de fer !

[1] Dans le projet de l'an VIII, il y avait une disposition rigoureuse, qui enlevait au mari, à compter du jour de la demande en divorce, le pouvoir d'aliéner les immeubles communs et d'obliger la communauté par ses dettes (Fenet, t. II, p. 59, art. 38). Cette disposition fut écartée sur les observations du Tribunat et on décida simplement que ces obligations ou aliénations pourraient être annulées, si elles étaient *faites en fraude des droits de la femme.* Que signifient ces mots ? En 1886, comme lors de la préparation du Code, il a été reconnu qu'on faisait tout simplement une application du principe de l'action Paulienne, car la femme est en réalité créancière de son mari. En somme, la loi ne confère ici aucun bénéfice exceptionnel à la femme ; elle la laisse sous l'empire du droit commun.

Le mieux serait de n'autoriser que les libéralités *modiques* en fixant un maximum ou de s'en tenir même aux *cadeaux et présents d'usage*. C'est du reste à peu près à ce résultat qu'en arrive la jurisprudence : elle annule comme frauduleuses toutes les donations *excessives*, même faites à titre particulier (Rouen, 25 juin 1860, D. 61. 5. 87, S. 61. 2. 204; Toulouse, 22 juill. 1865, D. 65. 2. 162, S. 66. 2. 128; Bordeaux, 16 janv. 1878, D. 79. 2. 182, S. 78. 2. 252; Agen, 11 févr. 1896, D. 97. 2. 513).

Une autre critique est faite. La loi défend au mari de donner l'*universalité* ou une *quotité* du mobilier. Mais les donations entre vifs sont toutes des transmissions à titre particulier ; il n'y a de transmissions universelles que celles qui se font par décès (t. I, n° 303). Il est peu probable que les rédacteurs du Code aient pensé au cas exceptionnel où le mari ferait avec les biens communs une *institution contractuelle* ou *donation de biens à venir* et il faut croire qu'ils ont voulu lui interdire les donations qui, *en fait*, porteraient sur l'ensemble ou sur une portion considérable du mobilier commun. C'est l'avis général. Voyez les arrêts précités.

La défense de donner un meuble avec réserve d'usufruit se comprend mieux. Si le mari était libre de faire des donations de meubles en se réservant la jouissance de ce qu'il donne, il serait trop enclin à faire des libéralités qui ne l'appauvriraient pas d'une manière sensible pour lui et qui tomberaient uniquement sur ses héritiers et sur sa femme survivante. Pour protéger la communauté, on a donc établi que le mari devait se dépouiller lui-même de son vivant, ce qui le rend plus réservé.

***1025. Donations permises au mari.** — Quelles donations sont encore possibles pour le mari agissant seul? Il n'y a plus que les *donations de meubles faites à titre particulier et en pleine propriété*. — Ces donations seraient elles-mêmes annulables si elles contenaient une *fraude* du mari (voyez ci-dessus, n° 1022). Comp. Cass., 11 nov. 1895, D. 96. 1. 44, S. 96. 1 281.

1026. Effet d'une donation faite à la femme. — Si le mari fait donation à sa femme d'un bien de communauté, la femme est-elle donataire pour le tout? Oui, dit la Chambre des requêtes (Cass., 9 mai 1881, S. 81. 1. 337). Non, dit M. Labbé (*ibid.* en note), la femme étant déjà propriétaire pour moitié, en sa qualité de commune, des biens que son mari lui donne. Cela est d'évidence. Cependant si la donation ne peut avoir d'effet translatif que pour moitié, il y a bien quelque chose à quoi le mari renonce sur la moitié qui appartenait précédemment à sa femme : c'est à son droit d'en disposer ; les biens donnés sortent de la communauté pour entrer dans le patrimoine propre de la femme.

2° Sanction de la prohibition.

***1027. Nullité des donations prohibées.** — Quand le mari a fait une libéralité qui lui était interdite, par exemple une donation d'immeuble, la donation est nulle, quoique l'art. 1422 ne prononce pas la nullité en termes formels ; elle résulte de sa prohibition même.

***1028. A qui appartient l'action.** — La nullité n'est établie que *dans l'intérêt de la femme* : c'est elle seule que la loi veut protéger ; elle seule aura donc le droit d'attaquer la donation.

1029. Conditions de son exercice. — L'action en nullité ne peut pas être exercée immédiatement : il faut attendre la dissolution de la communauté ; c'est alors seulement que la femme aura le droit d'agir. En attendant, son action est imprescriptible (art. 2256-1°). Voyez t. II, n° 678-3°.

En outre, quand la communauté est dissoute, la nullité n'est pas certaine encore. *Le sort de la donation dépend du parti que la femme prend sur la communauté*. Si elle *renonce*, toute la communauté reste au mari et la femme perd tout droit pour

critiquer les aliénations consenties par lui, car elle n'aurait rien à prétendre dans les biens dont il a disposé, au cas où la donation serait annulée. Si elle *accepte*, elle a au contraire intérêt à voir le bien donné rentrer dans la masse commune qui sera grossie d'autant. Cependant, avant d'enlever l'immeuble au donataire, il faut *attendre le résultat du partage*. En effet, si l'immeuble donné par le mari à un tiers tombe au lot du mari, le donataire sera autorisé à le conserver, comme l'ayant reçu de son vrai propriétaire, grâce à l'effet rétroactif du partage. C'est seulement au cas où cet immeuble est *mis au lot de la femme* que l'action en nullité pourra être utilement intentée. On devra donc procéder provisoirement à une réunion purement fictive de l'immeuble à la masse ; puis on fera l'attribution des lots et, selon le cas, on fera tomber la donation ou on la laissera subsister. Son annulation est donc la *conséquence* et non le *préliminaire* du partage.

1030. Recours du donataire contre le mari. — En supposant le donataire du mari évincé par la femme, lui donnera-t-on un recours contre son donateur ? La question est controversée en doctrine. Les uns lui ouvrent ce recours (Aubry et Rau, t. V, § 509, texte et note 16 ; Guillouard, t. II, n° 708) ; d'autres le lui refusent (Colmet de Santerre, t. VI, n° 66 *bis*-viii ; Laurent, t. XXII, n° 29). La jurisprudence accorde l'action (Agen, 11 févr. 1896, D. 97. 2. 513). On applique par analogie l'art. 1423 qui donne cette solution pour le cas de legs, et on ajoute que la nullité étant relative ne peut profiter qu'à la femme et qu'on en ferait profiter le mari si on laissait le donateur dépourvu de tout recours (note de M. de Loynes, dans *Dalloz*, sous l'arrêt précité). Aucun de ces arguments n'est bien décisif : l'art. 1423 est un texte exceptionnel que l'on ne peut pas étendre, et les nullités relatives, une fois prononcées, ont un effet aussi énergique que celui des nullités absolues. La vérité est que cette solution paraît équitable et conforme à l'intention ordinaire des parties.

Aucun doute n'existerait si la donation était intervenue dans un cas où le donateur est astreint à garantie, par exemple si elle avait été faite à titre de constitution de dot (Nancy, 17 mai 1861, S. 61. 2. 473).

3° Exception à la prohibition.

* **1031. Établissement d'un enfant commun.** — Les diverses catégories de donation qui sont prohibées par l'art. 1422 deviennent permises au mari dans un cas particulier, c'est quand il s'agit d'un enfant commun que l'on veut établir par mariage ou autrement. A cette occasion le mari peut donner tout ce qui lui est interdit en principe, soit un immeuble, soit une quote-part ou l'universalité du mobilier ; il pourrait même faire des donations en s'en réservant l'usufruit, ce qui serait peu pratique pour le but qu'il se propose.

Toutefois, comme il n'est propriétaire que de la moitié de ce qu'il donne, il ne peut accorder de dispense de rapport valable que pour la moitié de la donation ; pour l'autre moitié cette dispense ne peut être consentie que par la femme.

* **1032. Donations faites à un enfant d'un premier lit.** — Ces donations restent sous l'empire du droit commun ; les prohibitions de l'art. 1422 ne sont levées qu'au profit des enfants nés du mariage, ce qui est bien naturel.

Cependant, il s'est présenté une difficulté : l'art. 1469 suppose qu'une donation faite à un enfant d'un premier lit est valable, puisqu'il soumet simplement le mari à fournir une récompense à la communauté ; il semble donc compléter l'art. 1422. Ainsi avait jugé la Cour d'Amiens, mais son arrêt a été cassé (Cass., 14 août 1855, D. 55. 1. 372, S. 55. 1.

776) et avec raison, car l'art. 1469 s'explique très simplement en supposant que le mari a fait à son enfant une des libéralités permises d'une manière générale par l'art. 1422.

C. — Dispositions testamentaires.

***1033. Solution traditionnelle.** — Par testament le mari ne peut léguer que la *moitié de la communauté*, et rien de plus. Telle était déjà la solution admise dans l'ancien droit, à l'époque où on lui permettait de disposer de la totalité par donation entre vifs (POTHIER, *Communauté*, n° 475). Quelle est la raison de cette différence ? De son vivant le mari était seigneur et maître de la communauté, mais à sa mort, son pouvoir cesse ; à la dissolution de la communauté il n'est plus qu'un associé ayant droit au partage. Or, le testament ne produit d'effet qu'à la mort ; c'est donc une façon de disposer qui ne peut s'appliquer qu'à la part du mari dans la masse commune.

Le Code a conservé la solution ancienne (art. 1423).

***1034. Dispositions à titre universel.** — Quand le mari a disposé d'une manière générale *de sa part* dans la communauté, ou même de toute la communauté ou d'une quotité supérieure à sa part, l'application de la loi est simple : le legs sera exécuté jusqu'à concurrence de la part du mari.

***1035. Dispositions à titre particulier.** — Quand le mari a légué un objet particulier dépendant de la communauté, le sort du legs dépend du partage : si le bien légué est mis au lot des héritiers du mari, *le legs s'exécute en nature*, et l'objet doit être délivré au légataire ; si ce bien est mis au lot de la femme, le legs s'exécute *par équivalent* : les héritiers du mari, n'ayant pas la chose, doivent remettre au légataire sa valeur en argent (art. 1423). Le légataire en profite donc sous une forme ou sous une autre, dans tous les cas.

Cette disposition de la loi est remarquable, car elle déroge à l'art. 1021, qui déclare nul le *legs* de la chose d'autrui : quand le bien légué est attribué à la femme, le mari est réputé n'en avoir jamais été le propriétaire ; il a donc légué la chose d'autrui.

Comp. Paris, 6 mai 1861, D. 62. 2. 161, pour un cas où le legs du mari avait été fait après la dissolution de la communauté.

D. — Pouvoirs du mari sur les immeubles ameublis.

1036. Ameublissement en propriété. — Nous supposons que l'immeuble est ameubli réellement et entre en communauté. Par suite, bien que cet immeuble vienne de la femme, le mari peut l'aliéner, l'hypothéquer, comme un conquêt ; ses créanciers peuvent le saisir. En voulant exprimer cet effet de l'ameublissement, la loi dit, dans l'art. 1507, que l'immeuble devient bien de communauté *comme les meubles mêmes*. Cette formule n'est pas heureuse et il faut se garder de la prendre à la lettre ; elle signifie simplement que l'immeuble devient commun, en même temps que le mobilier, mais on ne le considère pas comme un meuble pour cela : il garde son caractère immobilier et en conséquence le mari ne peut pas le *donner* (art. 1422).

E. — Contre-partie des pouvoirs du mari.

****1037. Garanties données à la femme.** — Privée de tout pouvoir sérieux sur la communauté, bien qu'elle en soit copropriétaire pour moitié, la femme est protégée autrement par la loi. On a établi à son profit diverses garanties qui sont comme la *contre-partie* de la quasi-omnipotence du mari. Ces garanties, que nous retrouverons plus loin, sont les suivantes :

1° La possibilité de *renoncer à la communauté,* quand elle se trouve ruinée par la mauvaise administration du mari ;

2° La faculté de *limiter son obligation aux dettes* au moyen d'un *inventaire,* quand elle veut l'accepter et que le montant du passif lui est inconnu ou semble supérieur à l'actif ;

3° Le droit de demander *la séparation de biens,* qui met fin aux pouvoirs du mari quand les affaires de la communauté tournent mal ;

4° L'*hypothèque légale.* Mais cette dernière garantie existe d'une manière générale, sous tous les régimes, et est historiquement indépendante du régime de communauté.

§ 2. — *Pouvoirs de la femme.*

****1038. Le principe.** — Sur la communauté la femme n'a aucun pouvoir : elle assiste en spectatrice à l'administration de son mari ; par elle-même elle ne peut rien, pas même avec l'autorisation de la justice (art. 1426).

1039. Les exceptions. — Le droit de copropriété de la femme reparaît dans quelques cas, durant la communauté, pour lui permettre d'exercer sur elle certains pouvoirs. Ce droit se manifeste d'après le Code civil :

1° Quand la femme a une donation faite par le mari ;

2° Quand elle agit avec l'autorisation de justice dans les cas prévus par la loi ;

3° Quand elle fait son testament ;

Et d'après des lois plus récentes :

4° Quand elle fait des dépôts à la caisse d'épargne (L. 9 avril 1881) ;

5° Quand elle gagne de l'argent par un travail personnel (L. 13 juillet 1907).

A. — Concours de la femme dans les donations.

***1040. Controverse.** — On a vu (ci-dessus, n° 1023) que l'art. 1422 défend au mari de faire certaines donations ; comme cette défense est établie dans l'intérêt de la femme, on s'est demandé si la femme pouvait consentir à la donation de façon à la rendre valable par son adhésion. Quelques auteurs ont résolu la question par la négative : il leur paraissait dangereux d'autoriser la femme à renoncer à la protection que la loi lui accorde, au

moment même où elle en a besoin, parce que son consentement pourrait être obtenu par l'ascendant ou l'obsession de son mari. De plus, comment le consentement de la femme pourrait-il produire quelque effet, puisqu'elle n'a pendant le mariage aucun pouvoir sur la communauté ? (LAURENT, t. XXII, n° 21).

Il y a eu quelques arrêts en ce sens (Caen, 3 mars 1843), mais l'opinion contraire a triomphé en 1850 (Cass, 5 févr. 1850 ; Cass., 23 juin 1869, D. 70. 1. 5, S. 69. 1. 358 ; Caen, 26 janv. 1888, D.88. 2. 299, S. 89. 2. 171), et c'est à bon droit. Lorsque le Code a restreint les pouvoirs du mari sur la communauté, il n'est pas entré dans son esprit de frapper ces biens d'une indisponibilité absolue ; de son côté la femme n'est pas incapable de faire des donations avec l'autorisation de son mari ; elle pourrait donner ses biens propres, même immobiliers ; pourquoi ne pourrait-elle pas donner sa part d'un bien commun, et, quand elle est d'accord avec lui, faire une donation valable pour le tout ? Comp. AUBRY et RAU, t. V, § 509, note 14.

On admettait déjà une solution analogue dans l'ancien droit : le concours de la femme la rendait non recevable à attaquer comme frauduleuse la donation faite par le mari à un héritier présomptif de celui-ci en ligne collatérale (POTHIER, *Communauté,* n° 494).

B. — Aliénations autorisé par justice.

***1041. Possibilité de ces aliénations.** — D'après l'art. 1427, la communauté se trouve tenue des obligations contractées par la femme, avec l'autorisation de justice : 1° pour *tirer le mari de prison,* 2° pour *établir un enfant en l'absence du mari.* Nous examinerons plus loin (n°s 1101 et suiv.) les diverses questions que ce texte soulève ; pour le moment il suffit de remarquer que, malgré la rédaction un peu étroite de la loi, la femme peut non seulement *obliger* la communauté en empruntant de l'argent, mais même *disposer* des biens communs pour se procurer *par une vente* l'argent dont elle a besoin ou pour constituer une *dot en nature* à l'enfant qu'elle établit. Le texte dit qu'elle peut « *obliger* ou *engager*... » ; cette dernière expression vise la constitution d'une hypothèque, qui est un *acte de disposition,* et cela implique que la justice pourrait à l'occasion autoriser la femme à *aliéner.*

C. — Dispositions testamentaires.

***1042. Capacité de la femme.** — Pour faire son testament, la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari, parce que ses dispositions testamentaires ne produiront d'effet qu'après sa mort, et qu'à ce moment le mari perd tous ses pouvoirs par la dissolution du mariage. Pourvu qu'elle

soit majeure, elle peut donc disposer de tout ce qui lui appartient, savoir de ses biens propres et de sa part de communauté.

*1043. **Controverse.** — Aucune difficulté ne se présente si la femme a disposé à titre universel; mais *si elle a légué un objet particulier*, le legs ne peut s'exécuter qu'autant que cet objet est mis dans le lot de ses héritiers. Si le partage l'attribue au mari, le légataire en est privé. Doit-on alors lui accorder un recours contre la succession de la testatrice pour en obtenir la valeur en argent? C'est ce qu'on fait dans l'hypothèse d'un legs venant du mari (ci-dessus, n° 1035), et il y aurait, au point de vue de l'équité, une puissante raison d'analogie pour étendre cette solution aux legs de la femme. Aussi bon nombre d'auteurs n'ont pas hésité à le faire. Il y a cependant une raison sérieuse de douter; l'art. 1423 est un *texte exceptionnel*, qui déroge à l'art. 1021, d'après lequel le legs de la chose d'autrui est nul, et qui par suite ne comporte pas une interprétation extensive. Le seul moyen d'écarter cet argument serait de dire que le legs d'une chose indivise ne doit pas être considéré comme un legs de la chose d'autrui, dans le sens de l'art. 1021 ; ce texte ainsi écarté, il n'y aurait plus d'obstacle à la solution équitable indiquée ci-dessus. La jurisprudence a rarement statué directement sur la question. Voyez toutefois Besançon, 27 déc. 1911, P. et S. 1912. 2. 203. Comp. Cass., 6 juin 1883, D. 84. 1 33, S. 84. 1. 129, dans une affaire où la femme avait elle-même réglé le droit du légataire pour le cas où il ne serait pas mis en possession de l'immeuble. Comp. Besançon, 10 déc. 1862 (Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 428, S. 63. 2. 55), pour un cas où la femme avait renoncé à la communauté. Voyez aussi Wahl, S. 1907. 2. 89. Comp. ci-dessous, n° 2808.

D. — Dépôts à la caisse d'épargne.

1044. Droits respectifs du mari et de la femme. — Une loi du 9 avril 1881 (art. 6, al. 5), complétée par la loi du 20 juillet 1895, art. 16, a permis aux femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, de se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne sans l'assistance de leur mari, et de retirer, sans cette assistance, les sommes inscrites sur leurs livrets, sauf opposition du mari.

En cas d'opposition, il est sursis au retrait du dépôt pendant un mois, à partir de la dénonciation faite à la femme par lettre recommandée, à la diligence de la caisse d'épargne. Passé ce délai, et faute par la femme de s'être pourvue contre ladite opposition, le mari peut toucher seul le montant du livret, si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit.

En 1881, il avait été bien précisé que l'on considérait la femme qui fait des dépôts à la caisse d'épargne comme simple mandataire du mari; mais peu à peu on est arrivé à lui donner en fait sur ces sommes déposées par elle un véritable droit propre. D'abord le mari n'a *aucun moyen de s'opposer au dépôt*, de sorte que la femme peut puiser à pleines mains dans la masse commune; ensuite les caisses se prétendent tenues au secret *même envers le mari*, ce qui fait qu'il ignore si sa femme a de l'argent déposé et dans quelle caisse ; si bien que la femme se constitue ainsi une sorte de « caisse noire » qui est à sa disposition absolue. Et il ne faut pas croire qu'il s'agisse de peu de chose : les

caisses d'épargne délivrent par an plus de 100000 livrets aux femmes mariées ; en 1898 un million et demi de femmes en possédaient déjà et le nombre de celles qui font leurs dépôts sans autorisation augmente sans cesse. Toutefois la limite de 1500 francs par livret protège chaque ménage contre le grossissement démesuré de ces sommes soustraites à l'administration du mari. De plus on a remarqué que le mari qui fait opposition est moralement dans son tort et veut mettre la main sur un petit magot amassé par sa femme ; l'atteinte portée au régime du Code civil est donc un bienfait social, une entrave aux abus de pouvoir d'un mari ivrogne ou paresseux. Comp. AFTALION, *thèse*, Paris, 1898.

E. — Salaires et gains personnels

(Condition des biens réservés.)

1045. Réforme de 1907. — 1° ORIGINE ET BUT DE LA LOI. — La réforme opérée par la loi du 13 juillet 1907 [1], déjà signalée ci-dessus, n° 911, a eu pour but de retirer au mari tout pouvoir sur les *gains* et *salaires* personnels de sa femme, ainsi que sur les *économies* réalisées par celle-ci et sur les biens et valeurs leur servant de placement qu'on appelle *Biens réservés* [2].

Cette loi a pour origine un projet préparé dès 1893 par Mlle Jeanne Chauvin sur la demande de la Société *L'Avant-Courrière*, à l'imitation d'une loi danoise. Un projet en ce sens fut déposé à la Chambre par M. Goirand, le 9 juillet 1894. Sur l'histoire de ce projet, voyez PERCEAU, p. 107 à 121. La loi de 1907 est le résultat d'un long mouvement féministe, favorisé par tous les philosophes, et spécialement par Stuart Mill [3].

1045-2°. BIBLIOGRAPHIE. — AD. PICHON, *Du libre salaire de la femme mariée* (*Revue critique*, 1908). — MARGAT, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, 1913. — H. LALOU, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, 1910, et notes dans *Dalloz*, 1910. 2. 281 ; 1913. 2. 17. — SOURDOIS, même sujet, *Revue trimestrielle*, 1907, n° 3. — BERNARD et BONNECASE, *Revue trimestrielle*, 1910, p. 5. — Ce fut la première question discutée par la *Société d'études législatives*, année 1901-1902. — *Thèses* : DAMAZ, Lyon, 1905 ; MORIDE, Paris, 1908 ; PERCEAU, Paris, 1908 ; PORTEMER, Paris, 1909 ; P. GUYOT, Dijon, 1910 ; BOUSSUS, Paris, 1911 ; MORIN, Caen, 1908 ; DUPRÉ, Lyon, 1909. — Renseignements pratiques dans COLIN et LEGRAND, *Des produits du travail dans le mariage*, 1910 ; DÉPINAY, *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1908 ; LÉON ADAM, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1909,

1045-3°. LOIS ÉTRANGÈRES. — Divers pays avaient précédé la France dans cette voie. Voyez pour l'*Angleterre*, l'acte du 9 août 1870 (*Ann. étr.*, t. I, p. 533) ; pour la *Suède*, la loi du 11 déc. 1874 (*Ann. étr.*, t. IV, p. 566) ; pour le *Danemark*, les lois du 7 mai 1880 et du 7 avril 1899 (*Ann. étr.*, t. X, p. 533, et t. XXIX, p. 545) ; pour la *Norvège*, la loi du 29 juin 1888 (*Ann. étr.*, t. XVIII, p. 762), et pour *Genève*, la loi du 7 novembre 1894 (*Ann. étr.*, t. XXIV, p, 634).

1045-4°. GÉNÉRALITÉ DE LA RÉFORME. — La loi s'applique *à tous les régimes* (art. 1er). Elle les modifie plus ou moins gravement, selon que la femme y possède, d'après le

[1] Cette loi n'a pas été insérée dans le Code civil : elle forme un texte à part, mais qui modifie plus ou moins directement un grand nombre d'articles du Code.

[2] Cette expression a été empruntée à l'Allemagne (C. civ. allemand, art. 1365 et suiv. ; BARRE, trad. Hartmann, § 138).

[3] Voyez spécialement son petit livre sur l'*Assujettissement des femmes* (trad. Cazelles, p. 94), où il condamne la suprématie maritale et prophétise, pour le bien de l'humanité, l'égalité des sexes.

droit commun, une capacité plus ou moins étendue ; mais aucune exception n'a été faite. Il y a donc lieu de s'en préoccuper en toute hypothèse (Cass., 1er févr. 1909, D. 1909. 1. 85. — Comp. Paris, 7 déc. 1907, D. 1908. 2. 209). — La loi est générale encore dans un autre sens : elle profite à toutes les femmes, quel que soit le genre de travail personnel auquel elles se livrent, aux ouvrières, aux employées de commerce, aux femmes employées dans les administrations publiques ou privées, à celles qui exercent un commerce ou une industrie séparée, ou un métier lucratif, comme la profession de médecin, d'avocat, d'auteur dramatique, de journaliste, etc. (art. 1er).

****1045-5°.** Droit de la femme sur ses gains et salaires. — Quel que soit son régime matrimonial, la femme a seule qualité pour toucher son salaire ou ses autres gains, et elle en dispose librement sans aucun contrôle, sans aucune intervention de son mari. C'est la pensée dominante de la loi, c'est la préoccupation qui en a inspiré originairement le projet. L'existence d'une suprématie du mari, allant jusqu'à confisquer les gains et salaires de la femme, a paru un véritable anachronisme [1]. On a voulu, selon l'expression consacrée, « mettre plus de justice » dans les relations pécuniaires des époux, et reconnaître à la femme mariée sur les produits de son travail un droit absolu de disposition.

****1045-6°.** Droits de la femme sur les biens réservés. — On n'a pas pu s'en tenir là : après avoir accordé à la femme la libre disposition de son *salaire*, il fallait lui assurer également la libre disposition des *économies* réalisées par elle, ainsi que des biens acquis par elle avec ces économies. C'est ce qu'on a fait (art. 1er). La femme peut : *a*) faire *emploi* des sommes amassées par elle et *acheter*, sans être autorisée ni du mari, ni de justice, des biens de toute nature, *meubles* ou *immeubles* ; *b*) *aliéner* librement ces biens, les *engager*, ou les *hypothéquer*, toujours sans autorisation. On ne lui refuse que le droit de faire des *libéralités* : « aliéner *à titre onéreux* », dit l'art. 1er. — Ce sont là les *biens réservés*, dont la femme a désormais la libre disposition à peu près complète. On voit quelle brèche considérable est faite dans le régime de la communauté : le mari n'en a plus seul la gestion et la maîtrise ; si la femme travaille et gagne de l'argent, il peut y avoir, parmi les biens communs, une masse plus ou moins forte dont la femme a la gestion à sa place et sans lui ; elle en dispose même plus librement que lui, car elle aliène *seule* ces biens, tandis que le mari, gêné par l'hypothèque légale qui grève les conquêts, ne peut en disposer commodément qu'avec le concours de sa femme.

On doit remarquer qu'ici la réforme dépasse son but. Entreprise d'abord pour apporter un secours aux femmes d'ouvriers ou de petits employés, elle bouleverse la situation de ménages aisés ou riches, dans lesquels la femme

[1] C'était ce que voulait dire M. Glasson, quand il remarquait que le Code civil était fait pour la classe qui possède quelque chose et non pour les femmes d'ouvriers. — Là où il n'y a rien à protéger, la loi n'a pas à intervenir ; mais s'il n'y a pas de *biens* en capital, il y a tout au moins le *revenu*, le produit du travail.

exerce un commerce ou une industrie prospère. C'est là seulement qu'on trouvera en fait des biens importants dont la femme disposera. La loi atteint ainsi des gens qui n'avaient nullement besoin de son aide ; mais une distinction d'après les personnes était-elle possible ?

En outre, il suffisait de soustraire aux pouvoirs du mari les biens acquis par sa femme ; pour remplir le but de la loi, qui était d'assurer au ménage des moyens de vivre, il n'était pas nécessaire de permettre à la femme d'en disposer librement.

On peut ajouter que la loi est mal rédigée : le texte commence par attribuer à la femme sur ses gains et économies la capacité déterminée par l'art. 1449 pour les femmes séparées de biens, lesquelles sont seulement capables d'*administrer*. En réalité, la réforme va bien au delà, puisque la femme a le droit d'*aliéner*, sauf la réserve relative aux donations. Le texte est donc inexact. Le plus fort, c'est qu'on s'est aperçu de l'erreur au cours de la discussion, mais le rapporteur a déclaré que cela ne faisait rien et on a passé outre.

1045-7°. Actions en justice. — D'après l'art. 6 de la loi, la femme a le droit d'ester en justice, seule et sans autorisation, pour toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus. Cette disposition élargit la capacité de la femme commerçante, qui avait besoin d'être autorisée pour plaider (art. 215 C. civ.).

1045-8°. Condition d'application de la loi. — Le bénéfice de toutes ces dispositions favorables n'appartient à la femme que pour son travail *personnel*. Les gains résultant du travail *commun* des deux époux restent soumis aux dispositions antérieures de nos lois (L. 13 juillet 1907, art. 1er, al. 1 et 5). Comp. Lalou, note au *Dalloz*, 1909. 2. 18 ; voyez aussi D. 1912. 2. 65, note 2.

1045-9°. Droits des créanciers. — La loi du 13 juillet 1907 a des répercussions nombreuses sur les droits des créanciers, tant du mari que de la femme. Il en est parlé plus loin à propos du *passif* de la communauté. Voyez ci-dessous, nos 1142 et 1143. Il résulte des droits reconnus aux créanciers du mari que celui-ci, s'il ne peut plus *aliéner directement* les biens acquis par sa femme, peut en *disposer indirectement*, car beaucoup de dettes contractées par lui sont exécutoires sur ces biens.

1045-10°. Questions de preuve. — L'application de la liberté d'action reconnue à la femme donne lieu à beaucoup de difficultés quand il s'agit de savoir si tel bien présenté par elle comme lui étant réservé a réellement ce caractère. — D'un autre côté, des fraudes sont possibles : les époux peuvent être tentés de s'entendre pour faire passer comme bien réservé à la femme un bien ou une valeur qui n'aurait pas son travail comme origine et qui proviendrait du mari.

Tout d'abord la femme peut avoir à prouver qu'elle exerce (ou a exercé) un commerce ou un métier d'où ont pu lui provenir des gains. L'art. 1er, al. 4, y a pourvu en disant qu'elle fera cette preuve par un *acte de notoriété*.

ou « par tout autre moyen mentionné dans la convention ». On ne voit pas bien à quoi peut s'appliquer ce dernier membre de phrase, à moins qu'il ne s'agisse de documents ou de faits acceptés comme preuves par l'autre partie.

En second lieu, elle peut avoir besoin d'établir qu'un bien ou une valeur provient de son travail personnel. A ce point de vue, deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsque la femme réclame un bien réservé contre le mari ou les ayants cause du mari pour le soustraire à leur action, c'est l'art. 4 qui doit s'appliquer, et la femme doit alors établir, d'une façon spéciale, l'*origine* du bien (trib. civ. Seine, 29 juill. 1910, D. 1912. 2. 65), mais la loi lui facilite cette preuve : on autorise la preuve par tous les moyens possibles, même par témoins ; la loi n'exclut que la commune renommée, laquelle n'est presque jamais admise comme preuve. La démonstration faite par la femme de la provenance du bien peut néanmoins être insuffisante (Exemple : trib. civ. Seine, 20 déc. 1909, D. 1910. 2. 286).

Au contraire, lorsque cette question de preuve se présente dans les rapports de la femme avec les tiers, par exemple, quand elle veut aliéner une valeur lui appartenant comme bien réservé, l'art. 4 semble inapplicable, et l'art. 1er est seul en jeu. Mais on remarquera que ce dernier texte se contente d'exiger que la femme prouve avoir exercé une profession *distincte* de celle de son mari ; il ne s'inquiète pas de savoir si cette profession a été *lucrative,* ni si les biens et valeurs possédés par la femme proviennent de ses gains : « la responsabilité des *tiers,* ajoute la loi, n'est pas engagée », quand la femme leur a fourni cette justification, c'est-à-dire l'*acte de notoriété* constatant l'exercice actuel ou antérieur d'une profession. La femme qui a ou qui a eu une profession personnelle serait *présumée* traiter pour ses biens réservés, et par conséquent *capable.*

En fait, la pratique paraît très hésitante [1]. Il serait dangereux pour les tiers, spécialement pour les agents de change, de se fier à cette facilité extraordinaire du texte, qui n'est peut-être qu'apparente, car elle faciliterait toutes les fraudes : toutes les fois que la provenance d'une valeur pourrait être douteuse, elle se trouverait en fait à la disposition de la femme. Aussi les femmes qui veulent faire des opérations de bourse rencontrent-elles de grande difficultés chez les agents de change et dans les établissements de crédit ; on leur demande la signature du mari, ce qui rétablit indirectement l'autorisation maritale. Voyez Guyot, thèse [citée au n° 762 ci-dessus], p. 268 et suiv.

1045-11°. Caractère d'ordre public de la loi. — Le législateur n'a pas

[1] Sur toutes ces questions, voy. Paris, 24 oct. 1912, Rouen, 21 juill. 1913, Besançon, 13 févr. 1914, D. 1915. 2. 41, et la note de Me Lalou.

voulu qu'on pût modifier son œuvre ; il a jugé que la réforme devait s'imposer à tout le monde. On ne tolère aucune clause contraire dans les contrats de mariage, toute dérogation serait radicalement nulle (L. 13 juillet 1907, art. 1er).

1045-12°. Rétroactivité de la loi. — Le législateur était si content de son œuvre qu'il l'a déclarée applicable immédiatement même aux ménages qui s'étaient mariés auparavant (art. 11). C'est là une mesure extraordinaire. D'habitude, les lois nouvelles respectent les contrats de mariage antérieurs.

Cependant on dépasserait l'intention du législateur si on appliquait cette rétroactivité même aux biens et valeurs acquis avant la promulgation de la loi par des femmes exerçant une profession lucrative : elles en ont subi l'effet, contrairement à leur contrat de mariage, mais pour l'avenir seulement. L'art. 11 n'a pas attribué à la réforme une portée rétroactive en termes absolus (trib. de Lannion, 8 févr. 1910, D. 1910. 2. 286 ; trib. de Mantes, 29 juill. 1910, D. 1912. 2. 65 ; Cass., 2 févr. 1914, D. 1914. 1. 128, P. et S. 1914. 1. 208).

1045-13°. Révocation en cas d'abus. — Si la femme abuse des nouveaux pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari peut les lui faire enlever, en tout ou en partie par le tribunal civil de son domicile (art. 2).

Le tribunal statue en chambre du conseil, en présence de la femme ou elle dûment appelée, le ministère public entendu.

Le jugement est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution. Il peut être rapporté, même quand il est devenu définitif (art. 10).

Malheureusement la loi n'a organisé aucune publicité pour cette révocation des pouvoirs de la femme. Les tiers auraient cependant besoin d'être prévenus, car cette mesure est l'équivalent d'une interdiction.

En cas d'urgence, le mari peut même obtenir du président du tribunal, par ordonnance de référé, l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers (art. 2, al. 2).

1045-14°. Rédaction des contrats de mariage. — Sur les formules à employer pour mettre les contrats de mariage en harmonie avec les dispositions de la loi nouvelle, qui contrarie beaucoup d'anciennes habitudes, voir ci-dessus, n° 762, *in fine*.

CHAPITRE V

ADMINISTRATION DES BIENS PROPRES DE LA FEMME

1046. Plan. — Le mariage ne modifie pas les droits que le mari possède sur ses propres biens ; il n'y a donc rien à en dire, sinon pour rappeler l'existence de l'hypothèque légale, qui l'oblige à faire intervenir sa femme quand il veut hypothéquer ou aliéner ses immeubles. Il y a lieu, au contraire, de s'occuper longuement de l'administration des biens de la femme, et d'analyser les règles applicables : 1° aux actes de disposition ; 2° aux actes d'administration ; 3° à l'exercice des actions.

§ 1. — *Aliénations.*

A. — Condition de validité.

** **1047. Règle.** — En principe les actes de disposition relatifs aux biens de la femme doivent être *faits par la femme elle-même*, régulièrement autorisée ; le mari n'a pas de pouvoir pour les faire.

Certaine aujourd'hui d'une façon générale, pour les *meubles* aussi bien que pour les *immeubles,* cette règle n'est écrite dans la loi qu'à l'occasion de ces derniers (art. 1428, al. 3). Le silence des textes à l'égard des meubles s'explique, parce que la loi n'a statué que pour l'administration de la communauté légale et que sous ce régime les propres mobiliers sont extrêmement rares.

Ce texte est d'ailleurs mal rédigé : « Le mari, dit-il, ne peut aliéner sans le consentement de sa femme... » Quand l'aliénation a lieu, ce n'est pas *le mari* qui aliène *avec le consentement de sa femme,* c'est *la femme* qui aliène, *avec l'autorisation du mari.* — Cette rédaction vicieuse était déjà celle de la coutume de Paris, art. 226.

* **1048. Controverse relative aux meubles.** — Pour les meubles le silence de la loi a fait naître une difficulté. On a voulu en conclure par a contrario que le mari pouvait les aliéner sans le consentement de sa femme, puisqu'on lui fait seulement défense de disposer des immeubles, et on s'appuyait en outre sur l'ancien droit, qui reconnaissait au mari le pouvoir d'aliéner les meubles propres de sa femme (Aubry et Rau, § 510, note 10, et § 522, note 33). Cette opinion est abandonnée : la règle ancienne était fondée sur cette idée que les propres mobiliers n'étaient que des *propres fictifs,* qui entraient en communauté pour la propriété, et donnaient lieu seulement à la reprise de leur valeur. Il était donc tout naturel que le mari pût les aliéner. Mais le droit a changé : actuellement les meubles propres restent la propriété de la femme, et le mari qui en est simple administrateur, n'a pas le droit d'en disposer. Pour des *créances* appartenant à la femme, voyez Cass., 5 nov. 1860, D. 61. 1. 81, S. 61. 1. 49 ; Cass., 4 août 1862, D. 65. 1. 480, S. 62. 1. 935. Il n'y a pas d'arrêt pour les meubles en nature, mais il y a identité de motifs.

Cette jurisprudence restrictive du pouvoir d'aliéner paraît assez protectrice des intérêts de la femme ; malheureusement son effet pratique se trouve détruit pour la partie principale de la fortune mobilière, savoir les valeurs de bourse, grâce à la faculté de convertir les *titres nominatifs* que l'on reconnaît au mari (ci-dessous, n° 1061 *bis*).

* **1049. Exceptions.** — Par dérogation à la règle le mari peut parfois aliéner certains biens de sa femme ou en disposer.

IMMEUBLES. — La faculté de disposer existe pour les immeubles qui ont été *ameublis par la femme jusqu'à concurrence d'une certaine somme.* Cet ameublissement partiel laisse la propriété à la femme ; le mari *ne peut donc pas aliéner l'immeuble.* Néanmoins la loi lui permet de l'*hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme fixée* (art. 1507, al. 3 ; art. 1508, al. 2). Cette situation est très remarquable, car de droit commun, pour pouvoir hypothéquer un bien, il faut avoir la capacité ou le pouvoir de l'aliéner. Nous trouvons ici un des cas exceptionnels très rares, dans lesquels une personne peut hypothéquer sans pouvoir aliéner. Comp. t. II, nos 2771 et 2779.

MEUBLES. — Le mari a le droit d'aliéner : 1° ceux qui sont *consomptibles par le premier usage* (art. 587) ; 2° ceux qui sont *destinés à être vendus* (arg. art. 1851) ; 3° ceux qui sont *livrés sur estimation* (art. 1532 et 1551), dans les cas où cette estimation est réputée valoir vente à la communauté.

*1050. **Sanction.** — Supposons que le mari ait fait un des actes de disposition qui lui sont interdits ; il a, par exemple, vendu un bien de sa femme. *La vente est nulle.* Toutefois si la chose vendue est un meuble corporel, l'acquéreur sera protégé par l'art. 2279, s'il est de bonne foi. En tout autre cas la femme possède l'action en revendication, une vente faite par une personne sans qualité ne pouvant pas dépouiller une autre de sa propriété.

1051. Exercice de l'action en nullité après l'acceptation de la communauté. — On vient de voir que la femme possède une action en nullité contre les aliénations induement consenties par son mari. Dans quels cas peut-elle exercer cette action ? Rien n'est plus simple au cas où la femme renonce à la communauté : étrangère aux obligations de son mari, elle est libre d'agir, et l'acquéreur évincé par elle est réduit à un recours en garantie contre le mari.

Mais quand la femme accepte la communauté, la solution change : l'obligation de garantie, contractée par le mari quand il a vendu, est entrée en communauté, et la femme acceptante s'en trouve tenue ; l'acquéreur peut donc lui opposer l'exception de garantie aussi bien qu'au mari. On se demande seulement dans quelle mesure cette exception sera opposable à la femme. C'est seulement en sa qualité de commune en biens avec son mari que la femme est garante ; il semble donc qu'elle soit recevable à exercer sa revendication au moins pour une moitié ; mais l'obligation de garantie est généralement considérée comme indivisible (voyez t. II, n° 1474), et cette indivisibilité empêche pour le tout l'exercice de l'action contre le tiers. La jurisprudence semble incliner en ce sens (Cass., 8 nov. 1893, D. 94. 1. 417). Toutefois cet arrêt a statué sur un cas où la femme n'avait pas seulement accepté la *communauté*, mais aussi la *succession de son mari* en qualité de légataire universelle. Mais la grande majorité des auteurs décide que la femme peut revendiquer, les uns disent pour moitié, les autres pour le tout, à la condition de payer au tiers évincé la moitié des dommages-intérêts ou tout au moins la moitié du prix sujet à restitution[1]. Voyez les citations des diverses opinions en présence dans SIREY, Tables, 1880-

[1] Cette question, que la doctrine discute passionnément, se présente bien rarement en pratique pour la raison suivante. Le mari ne peut pas présenter l'immeuble *comme sien* à l'acquéreur ; les titres de propriété qui sont presque toujours consultés, établiraient trop facilement son mensonge ou son erreur. Il le vend donc *comme propre de sa femme :* c'est alors un administrateur dépassant ses pouvoirs, et qui est sans titre

1890, p. 260, nos 59 à 63. Voyez aussi pour l'ancien droit POTHIER, *Communauté*, no 253 ; *Puissance du mari*, no 84 ; GUI COQUILLE, *Questions et réponses*, no 105 ; FERRIÈRE, *Coutume de Paris*, art. 226.

CONSÉQUENCE. — Comme l'action de la femme contre le tiers acquéreur dépend du parti que la femme prendra sur la communauté, il s'en suit qu'elle ne peut pas exercer sa revendication, par anticipation, avant que la communauté soit dissoute, car il est possible qu'elle se trouve finalement tenue de respecter l'aliénation (Bastia, 6 mai 1856, D. 56. 2. 203 ; Chambéry, 6 mai 1885, D. 86. 2. 33, S. 87. 2. 177). Voyez en sens contraire AUBRY et RAU, t. V, § 510, texte et notes 25-26 ; GUILLOUARD, t. II, nos 810-811.

La solution qui a triomphé en jurisprudence est regrettable. Il y a peut-être pour la femme un intérêt considérable et urgent à reprendre immédiatement possession de son bien ; d'autre part, elle n'a commis aucune faute, tandis qu'on peut reprocher à l'acquéreur de n'avoir pas vérifié les titres de propriété du mari (POTHIER, *Communauté*, no 253 ; *Puissance du mari*, no 84 ; GUI COQUILLE, *Questions et réponses*, no 105 ; FERRIÈRE, *Coutume de Paris*, art. 226). Pothier faisait valoir une raison excellente : avant de savoir si la femme peut être obligée par un contrat du mari, il faut se demander si le contrat fait par le mari rentre dans les pouvoirs qui lui sont reconnus.

1052. Portée restreinte de l'autorisation de justice. — Lorsque l'aliénation est autorisée par le tribunal à défaut du mari, elle ne peut porter que sur la nue propriété des biens de la femme, parce que le consentement du mari serait nécessaire pour lui faire perdre la jouissance des revenus qui lui appartient.

B. — Conventions relatives au remploi.

1053. Acceptation anticipée par contrat de mariage. — On rencontre assez souvent dans les contrats de mariage une clause d'après laquelle la première acquisition immobilière faite par le mari après la vente tiendra lieu de remploi du propre de la femme. Il semble que cette clause vaille acceptation anticipée par la femme ; cependant ce n'est pas en ce sens qu'elle est généralement interprétée : on y voit seulement une obligation imposée au mari, qui ne peut s'opposer à ce que sa femme prenne pour elle l'acquisition qu'il aura faite ; mais cette clause ne dispense pas la femme de la nécessité d'accepter plus tard le remploi : décider autrement ce serait enlever à la femme la faculté d'examiner la valeur de l'achat fait par le mari et la forcer peut-être à prendre un bien qui ne lui convient nullement. De plus, cette clause ne dispense pas davantage le mari de faire les déclarations exigées par la loi, quand il veut que son acquisition serve de remploi à sa femme. A quoi donc sert-elle ? son utilité est assez bornée : elle permet à la femme de prendre pour elle l'acquisition du mari, même après la dissolution du mariage. Voyez sur ce sujet Agen, 20 juill. 1858, D. 59. 1. 275, S. 59. 2. 1 ; Grenoble, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 257, note 1, S. 61. 2. 565.

***1054. Remploi obligatoire.** — Rien n'oblige en principe le mari à opérer le remploi ; c'est pour lui une pure faculté. Seul le contrat de mariage peut lui en faire une obligation au moyen d'une clause expresse ; encore faut-il avoir soin de fixer un délai dans lequel le remploi devra être fait. Faute de délai, le mari jouirait d'un terme indéfini pour s'acquitter de ce soin

pour aliéner. L'art. 1997 lui devient applicable : le mandataire qui a donné connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu à aucune garantie pour ce qui a été fait au delà. Si le mari n'est pas garant, la femme ne l'est pas davantage, et rien ne l'empêche de revendiquer pour le tout. Cependant il arrive que le mari vende l'immeuble comme lui appartenant ; voyez l'arrêt de 1893 cité au texte.

et sa femme ne serait jamais recevable à prétendre qu'il manque à son obligation.

Effet a l'égard des tiers. — La clause qui se borne à rendre le remploi obligatoire ne produit ses effets qu'entre les époux ; *elle n'est pas opposable aux tiers*. Cela signifie que la femme n'a pas d'action contre le tiers acquéreur de son bien, si le mari n'a pas remployé le prix provenant de la vente ; l'aliénation reste valable, quoique le remploi n'ait pas eu lieu. La clause de remploi obligatoire n'a donc pas pour effet de rendre le bien de la femme inaliénable ; son seul effet est de donner à la femme *une action contre son mari*, pour l'obliger à faire le remploi ; les tiers n'en sont aucunement tenus ni responsables.

Mais les parties peuvent, sous la seule condition de s'expliquer clairement, rendre le remploi *obligatoire même pour les tiers*. Par cette clause, la femme s'assure le droit d'attaquer la vente si le remploi du prix n'est pas fait. C'est alors au tiers, qui veut se mettre à l'abri de toute réclamation, qu'incombe le soin de s'assurer, *avant de payer son prix*, que le remploi a été régulièrement effectué. Comme le sort de son acquisition est subordonné à cette condition, il a le droit d'exiger le remploi et d'en surveiller l'accomplissement. S'il n'a pas pris cette précaution, il n'a à se plaindre que de sa propre négligence : le contrat de mariage l'aurait renseigné, s'il s'était donné la peine de le consulter, sur les conditions que la femme avait mises à l'aliénation de ses immeubles. La loi du 10 juillet 1850 (ci-dessus, n°s 810 et suiv.) trouverait ici son application, au cas où une déclaration mensongère aurait été faite à l'état civil pour cacher aux tiers l'existence du contrat, et la femme serait réputée capable d'aliéner dans les termes du droit commun.

Cette convention a donc pour résultat de placer la femme commune, pour l'aliénation de ses propres, dans la situation d'une femme dotale qui a pris la précaution de déclarer ses biens dotaux aliénables sous condition de remploi (ci-dessous, n°s 1545 et suiv.) Comp. Rouen, 20 févr. 1907, D. 1907. 2. 323.

C. — Partage des successions.

1055. Règle générale. — Dans l'art. 818 la loi règle la façon dont on doit procéder au partage des successions recueillies par la femme[1]. En principe c'est la femme qui a qualité pour figurer au partage. Toutefois, comme il arrive souvent que la succession échue à la femme entre en communauté,

[1] Il a déjà été dit (t. I, n° 1951, en note) que l'action en partage n'est pas une *action*, encore que bien souvent le partage se fasse *en justice*. Le partage est un *contrat*. Par suite il n'y a pas lieu d'en parler à propos de l'exercice des *actions en justice* (ci-dessous, n°s 1062 et suiv.). Il n'y a aucune concordance entre les règles de l'art. 818 et celles de l'art. 1428 ; et il n'y a aucune raison pour que cette concordance existe.

même pour la propriété, et qu'elle y entre toujours pour la jouissance, le mari a qualité pour faire lui-même certains partages sans le concours de sa femme. Le partage fait par lui sera un *partage définitif*, c'est-à-dire portant sur le fond même du droit de propriété, si les biens mis au lot de la femme doivent devenir *communs* ; il sera *provisionnel*, c'est-à-dire qu'il ne portera que sur la jouissance, si ces biens doivent rester *propres à la femme* d'après la loi ou d'après le contrat de mariage. Sur la distinction des partages définitifs et des partages provisionnels, voyez ce qui est dit ci-dessous, à propos des successions (n° 2344).

1056. Applications. — Il faut bien comprendre le système de la loi : sa distinction est fondée, non pas sur le caractère mobilier ou immobilier des biens héréditaires, mais sur leur entrée en communauté ou dans le patrimoine propre de la femme. Ordinairement, il est vrai, ce qui entre en communauté est mobilier, ce qui est propre est immobilier ; mais le contraire peut arriver. Ainsi, sous un régime de communauté réduite aux acquêts, le mari n'aura pas le droit de partager les successions même mobilières échues à sa femme, parce qu'elles restent propres à celle-ci ; au contraire, s'il y a une clause d'ameublissement des biens futurs en pleine propriété, il aura le droit de partager même une succession immobilière. Dans tous les cas, et à moins de clause tout à fait exceptionnelle, le mari a toujours le droit de procéder à un *partage provisionnel*, parce que la communauté a la jouissance de tous les propres des époux.

Il n'y a pas à distinguer si le partage se fait *à l'amiable* ou *en justice* ; il n'y a pas à distinguer non plus s'il est *provoqué* par le mari ou par les cohéritiers de la femme (art. 818, al. 1 et 2 cbn.).

§ 2. — *Actes d'administration.*

****1057. Règle.** — Pour l'administration des propres de la femme, la règle est renversée ; ce n'est plus la femme qui agit, c'est le mari, car le mari est *administrateur* des biens de sa femme (art. 1428).

***1058. Comparaison avec les biens communs.** — Sur les propres de sa femme le mari a des pouvoirs qui diffèrent en plusieurs points de ceux qu'il a sur les biens communs.

1° Validité des modifications conventionnelles. — Il est permis de les lui *enlever*, ou de les *restreindre* par contrat de mariage ; la femme peut se réserver la jouissance et l'administration de ses biens. S'il s'agissait de la communauté, les pouvoirs du mari ne pourraient pas être modifiés.

2° Étendue moindre. — Pour l'administration des propres le mari n'a que des pouvoirs bornés, bien moindres que pour les biens communs : il est *simple administrateur* et n'a de droits que ceux qui lui sont *expressément conférés*. Sur la communauté, il garde en principe son antique qualité de *maître* ; il a tous les pouvoirs, sauf ceux qui lui sont *expressément retirés*.

3° Responsabilité. — En sa qualité d'administrateur le mari est responsable (art. 1428, al. 4). S'il laisse dépérir les immeubles faute d'entretien ou de grosses réparations, s'il laisse les prescriptions s'accomplir, soit pour des

créances dont il ne poursuivrait pas le recouvrement en temps utile, soit pour des biens passés aux mains d'un tiers qui les usucape, il répond de sa négligence. Il est tenu non seulement du « dépérissement » des biens, comme le dit la loi, mais de *toute faute*. Aucune responsabilité de ce genre ne lui est imposée pour les biens communs.

***1059. Baux.** — En sa qualité d'administrateur le mari a non seulement le *droit*, mais le *devoir* de donner à bail les immeubles de sa femme, et les baux qu'il aura passés pendant la durée de la communauté seront obligatoires pour la femme, *même au cas de renonciation*. L'intérêt de la femme elle-même l'exige : pour que le mari trouve à louer dans de bonnes conditions, il importe que le droit du preneur ne soit pas précaire.

Toutefois pour que la femme ne se trouve pas liée pour une durée trop longue par une fantaisie de son mari, la loi (art. 1429-1430) lui applique un système qui a déjà été expliqué à propos de l'administration du tuteur (t. I, nos 1887-1888) : on limite à *neuf ans au plus* la durée pour laquelle les baux faits par le mari *seul*[1] seront opposables à la femme après la dissolution de la communauté. Si donc le mari a consenti un bail pour une durée plus longue, la convention sera pleinement exécutée tant que durera la communauté ; mais, la communauté une fois dissoute, pour savoir pendant combien de temps la femme sera obligée de respecter le bail, on le divisera depuis son point de départ en périodes de neuf ans, et le preneur n'aura que le droit de terminer celle dans laquelle on se trouvera à ce moment (art. 1429).

La résiliation du bail est alors *facultative* pour la femme qui peut, si elle le préfère, ratifier le bail et en demander l'exécution entière. Comme le preneur ne peut rester indéfiniment dans l'incertitude, on lui permet de mettre la femme en demeure de se prononcer dans un sens ou dans l'autre.

Pour les *renouvellements de baux*, la loi laisse au mari une certaine liberté. Elle lui permet de renouveler un bail deux ans ou trois ans avant son expiration, suivant qu'il s'agit de maisons ou de biens ruraux. Si le renouvellement a eu lieu avant cette époque, il reste sans effet à l'égard de la femme, à moins que son exécution n'ait commencé, c'est-à-dire que l'ancien bail ne fût expiré avant la dissolution de la communauté. Il en résulte que la femme peut, au maximum, être tenue pour onze ans quand il s'agit d'une maison et pour douze ans quand il s'agit d'une ferme ou d'une terre.

1060. Loyers d'avance. — Un mari ne peut se faire *payer d'avance* les loyers ou fermages à échoir par les locataires ou fermiers des biens de sa femme ; il ne peut pas davantage *céder* ces mêmes loyers à des tiers, ou du moins il ne peut le faire que dans la mesure où de pareils actes sont autorisés par l'usage des lieux (Cass., 18 août 1868, D. 68. 1. 371, S. 69. 1. 17). Quand le mari aura ainsi touché un ou plusieurs termes d'avance, la quittance donnée par lui au locataire ou fermier sera opposable à la femme, en ce sens que le débiteur ne pourra pas être obligé de payer une seconde fois ; mais, si la communauté se dissout avant que ces termes ne soient courus, la femme aura un recours contre la communauté et le mari pour se faire rembourser ces sommes qui correspondent à une période dont la communauté n'aura pas eu la jouissance.

[1] Il est bien évident que, si la femme a concouru au bail, le bail est obligatoire pour elle, quelle qu'en soit la durée.

*1061. **Réception des capitaux.** — On admet en général que le mari a qualité pour recevoir les capitaux mobiliers dus à sa femme, quand les débiteurs veulent se libérer. C'est pour lui la conséquence de son droit de poursuivre le recouvrement des créances (ci-dessous, n° 1062). Il en résulte que le mari est un administrateur à pouvoirs assez larges, car la réception des capitaux est un acte grave, qui peut compromettre le résultat final d'une aliénation.

1061 *bis*. **Conversion des titres nominatifs.** — Peut-on appliquer au mari l'art. 10 de la loi du 27 février 1880, qui soumet la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres ? L'opinion la plus généralement admise se prononce par la négative (Saleilles, *De l'aliénation des valeurs mobilières...*, n° 140 ; Buchère, *Traité des valeurs mobilières*, n°s 827 à 830 ; Wahl, *Traité des titres au porteur*, n° 574). Cependant il semble bien résulter des travaux préparatoires que les auteurs de la loi de 1880 ont voulu, comme le disait M. Denormandie, « mettre une loi dans une autre », c'est-à-dire faire de l'art. 10 une disposition générale *applicable à tous les incapables*, quoique placée dans une loi spéciale aux tuteurs. Voyez la discussion de ce point et les citations dans la thèse de M. René Minard sur « les pouvoirs du mari », Paris, 1901, n°s 174 à 182. En jurisprudence il existe seulement deux jugements du tribunal de la Seine, du 23 mars 1882 (Defrénois, *Répert. du notarial*, 1883, art. 953) et du 17 novembre 1893 (*Le droit financier*, 1893, p. 56) qui ont admis la conversion, mais s'expliquent par des raisons d'espèce (voyez Houpin, *Répert. du notariat*, *loc. cit.*).

§ 3. — *Exercice des actions en justice.*

1062. **Actions mobilières. — La loi permet au mari d'exercer seul toutes les actions mobilières appartenant à sa femme (art. 1428, al. 2). Il n'y a pas à distinguer entre la défense et la demande ; le mari, agissant seul, représente sa femme et le jugement profite ou nuit à celle-ci.

L'exercice des actions mobilières par le mari se comprenait fort bien dans l'ancien droit, lorsque le mari avait le pouvoir de disposer des meubles propres de sa femme. Son maintien dans le droit nouveau est une inconséquence.

*1063. **Actions possessoires.** — Le droit d'agir au possessoire rentre dans les attributions du mari administrateur de la fortune de sa femme : « Le mari est maître de la communauté, *possession* et jouissance des propres de sa femme » (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 118). Comp. art. 1428, al. 2. Cette faculté lui est indispensable pour protéger son droit de jouissance.

*1064. **Actions immobilières pétitoires.** — Il résulte du silence de l'art. 1428, al. 2, que l'exercice de ces actions n'appartient pas au mari :

par cela seul que la loi ne le lui concède pas, elle le lui refuse. C'est de cette façon qu'on interprétait déjà dans l'ancien droit l'art. 233 de la coutume de Paris, conçu dans les mêmes termes que le texte actuel. En ce sens Bourges, 31 déc. 1894, D. 95. 2. 406, S. 95. 2. 82.

Par suite, quand il y aura lieu d'intenter une action de ce genre, c'est la femme qui devra agir avec l'assistance de son mari ou c'est contre elle que l'action du tiers devra être dirigée. Que si, par extraordinaire, la femme refusait d'exercer son action dans un cas où le mari juge qu'il serait utile de le faire, sa résistance serait invincible. Mais le mari ne serait pas dépourvu de toute ressource : représentant de la communauté, il serait libre d'exercer une sorte d'*action confessoire* par laquelle, sans toucher à la question de propriété, il revendiquerait le droit de jouissance lui appartenant sur les biens propres de sa femme ; cette action lui est ouverte en son nom personnel, comme celle qui est donnée à un usufruitier ordinaire (Orléans, 31 janv. 1898, D. 1900. 2. 237).

1065. Droit de la femme. — La loi dit que le mari peut *exercer seul*, c'est-à-dire sans le concours de sa femme, telle ou telle catégorie d'actions ; elle ne dit pas que le mari *peut seul exercer* ces actions. Par conséquent l'action serait valablement intentée par la femme dûment autorisée, ou valablement dirigée contre elle, même dans les cas où son exercice est accordé au mari (Lyon, 20 mai 1910, D. 1911. 2. 32). Le mari n'a pas un pouvoir exclusif.

CHAPITRE VI

DU PASSIF DES ÉPOUX

Observation. — La loi du 13 juillet 1907 qui a créé, à l'intérieur de la masse commune, une catégorie spéciale pour les biens dits *réservés* qui proviennent du travail personnel de la femme, a porté à son comble la complication des règles relatives au passif de la communauté. Afin de réduire autant que possible la difficulté, il convient d'exposer d'abord les règles anciennes de notre droit, telles qu'elles existaient avant 1907. Ces règles forment d'ailleurs le droit commun, et elles sont seules applicables dans les cas ordinaires, où la femme n'exerce aucune profession lucrative. L'analyse du système spécial au cas où il existe des biens réservés viendra ensuite ; ce système constitue en effet une simple dérogation au droit commun. Voyez ci-dessous, § 4, nos 1142 et 1143.

§ 1. — *Notions préliminaires.*

A. — Droit de poursuite et contribution aux dettes.

****1066. Définition et renvoi.** — Pour le moment nous n'avons à résoudre qu'une seule question, qui est *la détermination des droits du créancier*. Peut-il saisir les biens communs ? Est-il réduit à poursuivre son débiteur sur ses biens personnels ? C'est ce qu'on appelle la *théorie du droit de poursuite*.

Plus tard, quand nous nous occuperons du règlement à faire entre les époux, qui est un règlement de compte définitif après la dissolution et la

liquidation de la communauté, il y aura un autre point de vue à examiner : la dette a-t-elle été acquittée par celui des trois patrimoines qui devait la supporter définitivement ? Si oui, tout est fini par là ; si non, celui qui a fourni les fonds a le droit d'en exiger le remboursement puisqu'il a payé à la décharge d'autrui. Ce règlement ultérieur et définitif de la dette s'appelle *contribution entre époux*, et l'indemnité qui peut être due par la communauté à l'époux ou par l'époux à la communauté, s'appelle *récompense*.

B. — Distinction des dettes communes et des dettes personnelles.

****1067. Formule de cette distinction.** — Au point de vue passif on retrouve la distinction des trois patrimoines déjà étudiés au point de vue actif : il y a des dettes *communes aux deux époux*, appelées « dettes de communauté » et des *dettes propres, soit au mari, soit à la femme*, appelées « dettes personnelles ».

1° Des dettes communes.

***1068. Ce qu'elles sont.** — Les dettes de la communauté ne sont pas les dettes d'une troisième personne distincte des époux, puisque la communauté n'est qu'une simple indivision ; ce sont les *dettes du mari et de la femme, considérés comme associés et tenus sur leurs biens communs.* Mais il ne faut pas conclure de là que chacun des époux en est tenu pour moitié, comme cela arriverait pour deux débiteurs conjoints ordinaires. En effet toute dette de la communauté provient toujours de l'un des époux qui l'a contractée personnellement, et, quoique cette dette tombe en communauté et que l'autre époux s'en trouve maintenant tenu pour moitié, *celui du chef duquel la dette est née ne cesse pas d'en être débiteur pour le tout.*

Il y a là une règle traditionnelle, propre à ce régime, et qui exclut l'application du droit commun. On peut l'expliquer de la manière suivante : l'époux auteur de la dette se trouve lié envers son créancier par un lien d'obligation personnelle dont il ne peut pas se dégager à sa volonté. La clause du contrat de mariage, écrite ou tacite, qui fait tomber cette dette en communauté ne peut pas priver le créancier de la moitié de son action contre son débiteur originaire.

Mais si cette convention ne peut pas nuire au créancier, du moins elle lui profite, car il peut désormais poursuivre les biens communs, c'est-à-dire des biens qui appartiennent pour moitié à un autre qu'à son débiteur. Il peut saisir : 1° les biens propres de son débiteur ; 2° les biens de la communauté, ce qu'on exprime en disant que l'entrée de cette dette en communauté lui donne *deux débiteurs au lieu d'un.*

1069. Effet des titres exécutoires. — A cet égard la communauté est traitée comme l'époux débiteur lui-même ; elle ressemble à un successeur universel. Par suite, le titre exécutoire que le créancier peut avoir contre l'un des époux, contre la femme par exemple, peut être utilisé par lui contre la communauté, quand celle-ci se trouve tenue de la dette.

2° Des dettes personnelles.

****1070. Définition.** — Les dettes personnelles sont celles qui ne grè-

vent pas la communauté et qui restent propres à l'époux qui les a contractées ou du chef duquel elles sont nées.

*1071. **Droit des créanciers de la femme.** — Celui qui est créancier personnel de la femme ne peut saisir que ce qui appartient à sa débitrice ; il doit respecter tout ce qui est dans la communauté. Par suite, il est réduit à *la nue propriété des biens propres de la femme,* car la jouissance de ces biens appartient à la communauté.

*1072. **Droit des créanciers du mari.** — Tout autre est leur situation. A raison des pouvoirs très étendus que le mari possède sur la communauté, celle-ci est considérée comme *confondue entre ses mains avec son propre patrimoine.* C'est une idée très ancienne, qui remonte au temps où la femme n'était pas réputée copropriétaire des conquêts pendant le mariage, et qui subsiste encore malgré les restrictions apportées successivement aux pouvoirs du mari sur les biens communs.

Une telle idée vaut aux créanciers un grand avantage : *tout créancier qui a une action contre le mari a également action contre la communauté,* et réciproquement, *tout créancier de la communauté a action contre le mari,* les deux masses de biens étant réputées n'en faire qu'une.

*1073. **Conséquences.** — 1° Dans les cas très rares où l'obligation du mari ne grève pas la communauté, *son créancier personnel* peut néanmoins *saisir les biens communs,* comme s'il était devenu créancier de la communauté.

2° Quand la dette de la femme tombe en communauté, son créancier peut saisir non seulement les biens communs, mais même les biens propres du mari, comme s'il était devenu créancier personnel de celui-ci. On exprime ce dernier résultat en disant que le créancier de la femme acquiert, en ce cas, *trois débiteurs au lieu d'un* : la femme, la communauté et le mari (art. 1419).

C. — Bases de répartition du passif.

1074. **Double principe admis par la loi. — Quand il s'agit de répartir le passif entre les trois patrimoines et de décider si la communauté est tenue de telle ou de telle dette, et dans quelle mesure, le régime de communauté obéit à *deux idées différentes,* selon l'origine et la nature des dettes.

Principe de proportionnalité. — La règle première est une *proportion à établir entre le passif et l'actif* : la communauté doit supporter les dettes, dans la mesure où elle gagne l'actif des époux. Cette première règle a été appliquée :

1° Au passif dont les époux étaient grevés avant leur mariage ;

2° Au passif qui grève les successions recueillies par eux au cours du mariage ;

3° Aux charges annuelles de leurs biens.

Mais on verra que cette idée d'une répartition proportionnelle de l'actif et du passif n'a pas toujours été très exactement appliquée (ci-dessous, n° 1077).

Effet des pouvoirs inégaux du mari et de la femme. — On suit une règle toute différente pour les dettes nouvelles contractées ou nées pendant le mariage. Ici on ne rattache plus le passif à telle ou telle catégorie de biens : on se règle sur *l'étendue des pouvoirs respectifs des époux sur la communauté*. Pour savoir si une dette grève la communauté, on tient compte du pouvoir qu'avait ou non son auteur de disposer des biens communs ; d'où cette double conséquence que les dettes du mari obligent toujours la communauté, tandis que les dettes de la femme ne l'obligent pas en principe.

****1075. Composition ordinaire du passif commun.** — Sous le régime légal, et par l'application des principes qui viennent d'être indiqués, le passif de la communauté comprend :

1° Les dettes mobilières antérieures au mariage ;

2° Toutes les dettes contractées pendant le mariage par le mari ;

3° Certaines dettes contractées par la femme dans des cas déterminés ;

4° Les dettes des successions mobilières échues aux époux :

5° Le service des intérêts ou arrérages des dettes personnelles aux époux.

Comp. art. 1409. — Les règles de la loi subissent d'ailleurs des modifications assez profondes par l'effet des conventions particulières des époux. Voyez ci-dessous, n°s 1115 à 1133.

§ 2. — *Le passif des époux sous le régime légal.*

A. — Passif antérieur au mariage.

1° Dettes entrant en communauté.

****1076. Principe.** — Dans le but d'établir une corrélation équitable entre l'actif et le passif, la loi fait une distinction parmi les dettes dont les époux sont grevés au jour du mariage : celles de ces dettes qui sont *mobilières* entrent en communauté, *afin d'y suivre l'actif mobilier* (art. 1409-1°), alors que celles qui ont un caractère immobilier restent propres à l'époux qui en est débiteur.

Notre Code n'a fait là que conserver une vieille règle du droit français : « Les dettes mobilières d'une personne sont une charge de l'universalité de ses meubles » (Pothier, *Communauté*, n° 233). « *Qui épouse le corps épouse les dettes* » (Loysel, n° 110).

***1077. Critique.** — On voulait établir l'équilibre entre le passif et l'actif ; malheureusement *cet équilibre n'existe ici qu'en apparence* : il n'y a

aucune proportion réelle entre ce que la communauté gagne en fait d'actif et ce qu'elle supporte en fait de passif, dès que les époux, ou seulement l'un d'eux, possèdent un ou plusieurs immeubles. En effet, les obligations qui existent actuellement, sous l'empire de nos lois modernes, sont toujours mobilières ; les dettes ayant un caractère immobilier sont d'une extrême rareté (t. I, nos 2232 et suiv.). De la sorte, la communauté se trouve tenue en fait, et à peu près à coup sûr, de tout le passif, alors qu'elle est réduite au mobilier en fait d'actif et qu'une grosse part de la fortune des époux, la presque totalité peut-être, lui échappe. C'est un grave défaut, et en mettant les choses au pis, on voit se produire une véritable iniquité : qu'une personne chargée de dettes et ayant une fortune entièrement immobilière se marie sans contrat, elle conservera pour elle tout son actif, et fera payer la moitié de ses dettes par son conjoint.

La seule chose qu'on puisse dire à la décharge de la loi française, c'est que son procédé simpliste évite tout calcul et supprime bien des complications.

***1078. État ancien du droit.** — Cette anomalie n'existait pas dans notre ancien droit. Les dettes mobilières étaient alors peu de choses ; toutes les grosses obligations étaient réputées immeubles. Empruntait-on de l'argent ? On ne pouvait pas le faire sous la forme d'un *prêt à intérêt*, qui était défendu ; le prêt se faisait sous la forme d'une *constitution de rente* et la rente constituée, du moins en beaucoup d'endroits, était considérée comme immobilière. Achetait-on une maison ou une terre ? L'acquisition se faisait le plus souvent au moyen d'un *bail à rente*, et l'acquéreur ne s'obligeait pas, comme dans la vente, à payer un prix en argent ; le prix était remplacé par une *rente foncière*, droit réel immobilier, analogue à une servitude imposée sur l'immeuble, et cette charge immobilière restait propre à l'époux acheteur, comme la terre ou la maison qu'elle grevait.

Dans cet état du droit, le passif mobilier était presque uniquement composé des *dettes courantes*, c'est-à-dire d'obligations peu importantes en général. D'autre part, l'actif mobilier avait peu de valeur aussi : les offices, les rentes étaient immeubles. Au temps des coutumes, la communauté ordinaire (aujourd'hui dite « légale ») commençait donc avec peu de chose, en actif comme en passif, et la règle qui lui attribuait toutes les dettes mobilières était très équitable. Aujourd'hui elle ne l'est plus.

***1079. Condition spéciale pour les dettes de la femme.** — Pour les dettes du mari une seule condition suffit : leur nature mobilière ; il n'est pas nécessaire qu'elles aient date certaine avant le mariage pour entrer en communauté, car alors même qu'elles auraient été contractées depuis le mariage, la communauté s'en trouverait toujours tenue, le mari ayant le pouvoir de l'obliger quand il s'oblige lui-même. Il n'en est pas de même

pour les dettes de la femme : ses dettes antérieures au mariage tombent bien en communauté, mais une fois le mariage célébré, elle n'a plus le pouvoir d'engager les biens communs envers ses créanciers, il importe donc de savoir si la dette de la femme a été contractée réellement *avant le mariage* ; aussi la loi exige-t-elle *que l'obligation ait acquis date certaine avant cette époque* pour permettre au créancier de la femme de poursuivre le mari et la communauté (art. 1410).

1080. Observation. — Deux faits seulement, sur trois qu'admet l'art. 1328, sont mentionnés dans l'art. 1410 comme pouvant donner date certaine à la créance de la femme antérieure au mariage : *l'enregistrement du titre* et *le décès d'un des signataires*. La loi a omis le troisième : *la relation de l'acte dans un acte authentique*. On est d'accord pour compléter l'art. 1410 au moyen de l'art. 1328.

1081. Exceptions. — Il y a des cas où la date certaine n'est pas nécessaire : 1° Si la créance ne dépasse pas 150 francs (art. 1341) ; 2° s'il a été impossible au créancier de la femme de se prémunir d'une preuve écrite (art. 1348) ; 3° s'il a perdu son titre par cas fortuit ou force majeure (art. 1348) ; 4° en matière commerciale (art. 109 C. com.). Dans tous ces cas, le créancier pouvant prouver par témoins l'existence même de sa créance sera reçu à plus forte raison à établir qu'elle est antérieure au mariage (Cour de Genève, 29 oct. 1892, S. 92. 4. 40).

2° Dettes restant personnelles à l'un des époux.

****1082. Passif personnel du mari.** — Pour le mari le passif personnel se trouve réduit à peu près à rien, puisque la loi n'exclut en ce qui le concerne que les dettes immobilières antérieures au mariage. Pour trouver une dette qui lui reste propre à ce titre, il faudrait supposer une vente faite par le mari et non encore exécutée, de terrains en quantité déterminée à prendre dans un lot plus considérable lui appartenant, comme une vente de 100 hectares à prendre dans une concession coloniale, ou quelque autre hypothèse tout aussi rare. Et encore cela constituerait plutôt une diminution prochaine de sa fortune qu'une dette proprement dite.

On pourrait en rapprocher le cas où le mari est propriétaire d'un immeuble hypothéqué à la dette d'autrui, soit comme tiers acquéreur, soit comme caution réelle. En pareil cas le créancier n'a d'action que sur le bien du mari qui lui est hypothéqué ; il ne peut pas toucher au surplus de ses biens ni aux biens communs. Seulement il ne s'agit plus alors d'une *dette* du mari exclue de la communauté, puisque le mari n'est pas personnellement débiteur ; il n'y a qu'une *action réelle*, localisée en quelque sorte sur un bien appartenant en propre au mari ; c'est une *chance d'éviction* qui ne menace que lui.

****1083. Passif personnel de la femme.** — Sont exclues de la communauté *toutes les dettes personnelles de la femme qui n'ont pas encore acquis date certaine au jour du mariage* (art. 1410, al. 1). Le mari n'est donc pas obligé de les acquitter ; le créancier ne peut poursuivre son paiement que sur la nue propriété des immeubles personnels de la femme (art. 1410, al. 2).

Cependant il est parfois certain en fait que la dette est antérieure au mariage : le mari peut alors *reconnaître la sincérité* de la date que porte l'écrit signé par sa femme et acquitter volontairement la dette (art. 1410,

al. 3). S'il agit ainsi, la dette est considérée comme réellement antérieure au mariage et comme tombée en communauté; par conséquent la communauté ne pourra rien réclamer à la femme dans l'avenir, pour avoir acquitté une dette dont elle n'était pas tenue[1]. Ceci suppose d'ailleurs que le mari a payé la dette en la considérant comme tombée en communauté; *s'il fait ses réserves en payant le créancier*, il est réputé agir comme gérant du patrimoine de sa femme; c'est au nom de celle-ci qu'il paie, ce qui réserve à la communauté la possibilité de recourir contre la femme.

***1084. Situation de la femme à l'égard du créancier.** — Quand le mari refuse de reconnaître les dettes de la femme n'ayant pas date certaine, la communauté n'en est pas tenue et la femme seule est débitrice. Quelle est à l'égard de celle-ci la valeur de son obligation? Elle est *pleinement valable*. En effet, jusqu'au mariage, la femme était capable de s'obliger (en la supposant majeure). Or les obligations sous seings privés font par elles-mêmes foi de leur date entre les parties. Dans les rapports du créancier et de la femme, il est donc certain que l'écrit a été signé par celle-ci *au jour de sa date*, c'est-à-dire en temps de capacité, et par suite le créancier a le droit de la poursuivre, en respectant les droits acquis à la communauté sur les biens de sa débitrice.

Au cas où la femme se serait réservé la jouissance d'une partie de ses biens personnels, cette part de revenu pourrait-elle être saisie par son créancier? Il a été jugé que non, parce que l'entretien de la femme retomberait alors à la charge de la communauté (Cass., 9 août 1820, S. 20. 1. 426). L'arrêt est discutable: comment un élément d'actif, disponible pour le débiteur, peut-il être insaisissable pour le créancier sans une disposition spéciale de la loi?

1085. Question. — On peut se demander dès lors ce que devient l'incapacité de la femme mariée, à qui la loi défend de s'obliger sans l'autorisation de son mari: elle n'a qu'à signer un billet en lui donnant une date fausse antérieure au mariage pour se trouver valablement obligée; avec une simple antidate, elle peut compromettre sinon son revenu actuel, tout au moins le capital de sa fortune.

Réponse. — L'incapacité de la femme reste entière; tout se réduit à une preuve à fournir, preuve difficile, il est vrai, mais souvent possible. Cette preuve de l'antidate peut être faite par tous les moyens, puisqu'il s'agit d'un acte frauduleux, et elle est recevable aussi bien de la part de la femme que de la part du mari.

Il y a certainement là un danger à craindre; ce danger n'existe pas quand la femme était *encore mineure au moment de son mariage:* avant comme après, elle était incapable de s'obliger seule et une antidate ne l'avancerait à rien.

B. — Dettes contractées par le mari au cours du mariage.

***1086. Généralité de la règle.** — *Toutes les obligations contractées par le mari pendant le mariage tombent dans la communauté* (art. 1409-2°). « Contractées... »; il eût mieux valu dire « *nées* en la personne du mari ».

[1] Bien mieux: si le mari avait reconnu la sincérité de la date d'une manière quelconque, il ne pourrait plus ensuite refuser de payer le créancier (Besançon, 4 mars 1878, D. 79. 2. 48, S. 79. 2. 144).

car elles peuvent provenir d'une source quelconque, d'un contrat, d'un délit ou de la loi ; il n'y a *aucune exception*. Quand le mari devient débiteur, son créancier peut toujours saisir les biens communs.

* **1087. Motif.** — Il y a, dit-on souvent, *un mandat* donné par la femme à son mari afin de gérer leur communauté et de l'obliger au besoin. — Mais le mari peut obliger sa femme même à l'insu de celle-ci, même malgré son opposition, même contre son intérêt, ce qui exclut toute idée de mandat.

On dit encore : « La femme *ratifie* les actes de son mari en acceptant la communauté. » Cette seconde idée est tout aussi insuffisante que la première, car les droits acquis aux créanciers n'en restent pas moins valables malgré la renonciation de la femme à la communauté. Et d'ailleurs comment la femme pourrait-elle « ratifier » les obligations de son mari quand elles ont une cause illicite ?

Il n'y a donc pas d'autre raison que *l'origine historique de la communauté* et son état primitif : c'est *la volonté de la loi* qui fait du mari le maître de la communauté, comme conséquence du pouvoir qu'elle lui donne sur la personne de la femme. De même qu'il peut dissiper l'actif commun, de même il peut ruiner la communauté en s'obligeant d'une façon quelconque, même par des actes illicites.

* **1088. Conséquences actuelles.** — La règle étant absolue, il n'y a lieu de faire aucune exception, quel que soit le caractère de l'obligation. Ainsi l'*amende* elle-même, prononcée contre le mari, tombe en communauté et peut être recouvrée sur les biens communs, c'est-à-dire en partie sur les biens de la femme (art. 1424). Et cependant l'amende est une *peine,* qui devrait rester personnelle au coupable. Les antiques principes de la communauté sont ici en contradiction ouverte avec les idées du droit pénal moderne.

Un autre exemple bien remarquable, non prévu par la loi, nous est fourni par la jurisprudence. Avant de se marier, le mari a eu un enfant naturel ; il reconnaît cet enfant pendant le mariage. Aux termes de l'art. 337 la reconnaissance ainsi faite ne peut pas nuire à l'autre époux ni aux enfants nés du mariage (t. I, nos 1495-1504). Il semble donc que l'enfant naturel ne puisse réclamer d'aliments à son père que sur la nue propriété de ses biens personnels, afin de respecter les droits de la famille légitime, et c'est ce que beaucoup d'auteurs en avaient conclu. Néanmoins la jurisprudence lui a reconnu une action sur la communauté à raison des pouvoirs du mari, qui est toujours libre d'en disposer (Cass., 13 juill. 1886, D. 87. 1. 119, S. 87. 1. 65). Comp. t. I, no 1499. — Pour les frais du divorce, voyez Dijon, 23 nov. 1911, P. et S. 1913. 2. 289, et la note.

1089. Ancienne exception. — Jadis quand un mari commun en biens subissait une condamnation pour crime emportant mort civile, les condamnations pécuniaires prononcées contre lui à raison du même fait ne frappaient que sa part de communauté et ses biens personnels (art. 1425). D'après Pothier, cette solution avait été admise comme une conséquence de la mort civile, la communauté se trouvant dissoute ne pouvait être obligée par le mari. L'explication a quelque chose d'incorrect, car la *cause* de la dette est le *crime*, qui est antérieur à la *condamnation*, et c'est seulement cette dernière qui entraînait mort civile. C'était bien plutôt l'effet des règles traditionnelles de la confisca-

tion (DALLOZ, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 321). — Depuis la loi du 31 mai 1854 qui a abrogé la mort civile, l'art. 1425 est devenu sans objet (Cass., 2 mai 1864, D. 64. 1. 266).

C. — Dettes contractées par la femme pendant le mariage.

****1090. Règles générales.** — Dépourvue de tout pouvoir sur la communauté, la femme ne peut donner à ses créanciers une action sur les biens communs ; c'est au mari seul que ce pouvoir appartient. La règle est donc ainsi établie : pour que la femme oblige la communauté, *il faut qu'elle contracte avec l'autorisation de son mari* (art. 1426).

Par exception à cette règle, il y a *deux cas* dans lesquels la femme peut obliger la communauté lorsqu'elle contracte *avec l'autorisation de justice* (art. 1427).

Cela fait donc déjà pour la femme deux manières de s'obliger ; mais nous devons examiner en outre les cas où la femme s'oblige *comme mandataire de son mari,* et ceux où elle le fait *sans aucune espèce d'autorisation.*

1° Femme autorisée du mari.

***1091. Effet de l'autorisation.** — En autorisant sa femme, le mari lui communique le pouvoir qu'il a d'obliger la communauté : il lève pour ainsi dire l'obstacle qui empêchait cette communauté d'être tenue. Conformément aux principes déjà exposés (ci-dessus, n° 1073-2°), le créancier de la femme acquiert alors action contre la communauté et contre le mari lui-même (art. 1409-2° et 1419)[1].

***1092. Explication.** — Pourquoi le mari, qui est intervenu, non pour s'obliger lui-même, mais pour autoriser sa femme à contracter, se trouve-t-il lui-même tenu de l'obligation ? Il est de principe que celui qui habilite un incapable ne s'oblige pas quand l'incapable s'oblige avec son autorisation : « Qui auctor est se non obligat. » Cependant l'art. 1419 déclare que le mari est tenu à raison de l'autorisation qu'il a donnée. Il y en a deux explications possibles.

1° EFFET DE LA CONFUSION DES DEUX MASSES. — On peut d'abord soutenir que l'action du créancier sur les biens du mari s'explique suffisamment par la confusion qui règne durant le mariage entre les biens propres du mari et les

[1] La femme et le mari étant alors tenus chacun pour le tout, la jurisprudence a cru rencontrer là un cas de *solidarité légale* (Cass., 23 avril 1888, D. 89. 1. 233, S. 89. 1. 25). Plus récemment elle leur a même appliqué les effets de la solidarité véritable, notamment l'art. 1206 relatif à l'interruption de prescription (Cass., 16 juill. 1902, D. 1903. 1. 401). Cette idée est formellement condamnée par l'art. 1487 qui suppose que la solidarité n'existe entre le mari et la femme qu'autant qu'elle a été stipulée. L'erreur de la jurisprudence vient de ce qu'elle oublie que deux personnes peuvent être tenues chacune pour le tout d'une même dette sans qu'il y ait solidarité entre elles ; il suffit qu'il existe, en chacune d'elles, une cause propre qui l'oblige à payer le tout. Ainsi il n'y a pas de solidarité entre le débiteur principal et la caution, quoique chacun d'eux soit tenu du total ; il en est de même de la femme et du mari dans l'hypothèse prévue au texte : la femme est tenue du total parce qu'elle l'a seule promis : le mari en est tenu également, parce qu'il l'a autorisée à s'engager. Chacun est tenu en vertu d'une cause distincte.

biens communs (ci-dessus, n° 1072). Dans cette opinion on doit admettre que, lorsque cette confusion aura cessé, le mari ne pourra plus être poursuivi que *comme commun en biens,* c'est-à-dire pour moitié seulement ; il n'y a point à sa charge de véritable obligation personnelle. Telle semblait bien être l'opinion de Pothier (*Communauté,* n° 13).

2° Obligation personnelle du mari. — Une autre interprétation, qui est plus généralement admise, veut que le mari soit tenu d'une véritable obligation personnelle et qu'il y ait ici une exception directe à la règle « Qui auctor est se non obligat ». On en donne pour motif que, si le mari n'était pas obligé, on lui fournirait un moyen de se décharger des dettes concernant la communauté, en les faisant contracter par sa femme à sa place et avec son autorisation. Il y a là en effet un danger et la raison a paru suffisante ; on a déjoué ce calcul en déclarant le mari tenu personnellement (Demolombe, t. IV, n° 310 ; Aubry et Rau, t. V, § 520, note 2 ; Guillouard, t. II, n° 845. — Paris, 19 fév. 1845, D. 45. 4. 89). Comme conséquence, le mari restera tenu pour le tout envers le créancier même après la dissolution de la communauté [1].

1093. Prétendus cas exceptionnels. — Y a-t-il des cas dans lesquels une obligation contractée pendant le mariage par une femme autorisée de son mari lui reste personnelle au lieu de grever la communauté ? On l'a soutenu en se fondant sur les art. 1413 et 1432. L'art. 1413 s'occupe des dettes qui grèvent les successions purement immobilières échues à la femme : ces dettes ne tombent pas en communauté, même quand ces successions sont acceptées avec l'autorisation du mari. Quant à l'art. 1432, il statue sur l'hypothèse suivante : il s'occupe du cas où le mari a autorisé sa femme à vendre un de ses propres et où l'acquéreur est ensuite évincé par un tiers ; cet acquéreur peut poursuivre le mari comme garant de la vente et obtenir de lui une indemnité. A cette occasion le texte s'exprime ainsi : « Le *mari qui garantit solidairement ou autrement* la vente que sa femme a faite... » Donc, dit-on, la seule autorisation de vendre donnée à la femme ne suffit pas pour imposer au mari l'obligation de garantie, puisque le texte suppose que cette garantie a été promise par le mari d'une manière spéciale. — Voilà donc deux cas dans lesquels la communauté ne sera pas tenue, quoique le mari ait autorisé sa femme. Comment expliquer ce fait ? C'est qu'il est évident, *par la nature même de l'opération,* que l'affaire n'intéresse pas la communauté : la femme accepte une succession qui doit lui rester entièrement propre, ou elle vend un immeuble qui lui appartient en propre. Dans les deux cas la communauté n'a rien à y voir, et le tiers qui traite avec la femme ou qui est créancier de la succession recueillie par elle ne doit compter ni sur le mari ni sur la communauté : il a été averti par les faits eux-mêmes que le mari intervenait seulement pour habiliter sa femme à contracter. Dès lors, si telle est l'explication des art. 1413 et 1432, nous pouvons formuler la règle suivante : *toutes les fois qu'il sera évident pour les tiers que l'affaire intéresse uniquement la femme, l'obligation contractée par la femme lui restera personnelle.* C'est seulement quand

[1] Il y aurait encore une autre conséquence possible : si la femme est commerçante et tombe en faillite, le mari, tenu personnellement envers ses créanciers, ne profitera pas du concordat accordé à sa femme (voyez l'arrêt de Paris, de 1845, cité au texte). Il en profiterait au contraire, s'il ne pouvait être poursuivi qu'en qualité de commun en biens avec sa femme : la remise faite à celle-ci s'étendrait par voie de conséquence à son mari. — Dans une note du *Dalloz,* M. Capitant dit que la jurisprudence a toujours condamné cette explication des effets de l'autorisation maritale (D. 1903. 1. 401), mais les arrêts qu'il cite ne me paraissent pas avoir la portée qu'il leur attribue.

le tiers aura pu croire à un intérêt commun aux deux époux qu'il aura action contre eux deux.

Réfutation. — Une pareille règle n'est pas conciliable avec les textes. L'art. 1419 pose une règle absolue : toute obligation contractée par la femme avec l'autorisation du mari oblige ce dernier et la communauté ; pour y déroger dans des cas spéciaux, il faut un texte particulier. Donc, *aucune exception ne doit être admise en dehors des textes*. De plus, il faut voir si ceux qu'on propose contiennent réellement des exceptions. Prenons d'abord l'art. 1413 ; cet article ne prévoit pas une obligation contractée par la femme ; il s'agit d'*obligations venant d'un tiers*, auquel la femme succède. On comprend alors que pour régler cette succession la loi ait limité l'action des créanciers et protégé la communauté ; les créanciers qu'on va avoir à payer n'ont pas traité avec la femme ni sollicité l'autorisation du mari. La situation n'est pas la même ; si tant est qu'il y ait ici une exception à notre règle, elle n'est pas directe. — Quant à l'art 1432, c'est bien pis : on lui fait dire ce qu'il ne dit pas. Ce texte n'a pas pour objet de décider quand le mari sera garant de la vente faite par sa femme, mais seulement de donner *un exemple de récompense due au mari*, quand celui-ci aura indemnisé l'acquéreur évincé. Maintenant, dans quelle hypothèse et sous quelle condition le mari sera-t il tenu de la garantie ? Ce n'est pas dans l'art. 1432 que se trouve la réponse : c'est dans les art. 1409-2° et 1419, où se trouvent formulés les principes de la matière : le mari s'oblige en même temps que sa femme quand il l'autorise.

* **1094. Femme obligée solidairement avec son mari.** — Il arrive fréquemment que le mari et la femme s'obligent ensemble envers le même créancier et celui-ci prend ordinairement la précaution de stipuler la solidarité. En ce cas la femme est tenue *envers le tiers* de la même façon qu'un débiteur ordinaire ; elle sera obligée de payer le total de la dette, s'il le lui demande. En conséquence elle ne bénéficie pas du concordat accordé à son mari (Paris, 16 avril 1864, D. 64. 2. 127, S. 64. 2. 289).

Néanmoins sa situation est meilleure que celle du véritable codébiteur solidaire : *dans ses rapports avec son mari* elle est *réputée caution* (art. 1431), ce qui veut dire que la femme ne devra supporter personnellement aucune partie de la dette : si elle l'a payée en tout ou en partie, elle aura un recours contre son mari pour le total de ses déboursés ; si c'est lui qui a payé, il n'aura aucun recours contre elle.

1095. Condition du recours de la femme. — Pour que la femme soit réputée caution, il y a une condition : il faut que l'obligation ait été contractée « pour les affaires de la communauté ou du mari ». Il est en effet de toute justice que la femme soit traitée comme codébitrice solidaire de la même manière que son mari et obligée de supporter la moitié de la dette lorsque l'obligation n'a pas été contractée dans l'intérêt du mari. Ainsi il a été jugé que l'art. 1431 était inapplicable si le mari et la femme, obéissant à un même sentiment d'affection, se portent cautions solidaires d'un de leurs enfants (Rennes, 22 nov. 1848, D. 51. 2. 151 ; Bordeaux, 1er mai 1850, D. 52. 2. 174, S. 51. 2. 185).

1096. Controverse. — Cet art. 1431 a fait naître une controverse. Le plus souvent il est facile de savoir dans quel intérêt la dette a été contractée et la disposition de la loi sera appliquée ou non, selon le cas. Mais parfois aussi on ignore au profit de qui l'opération s'est faite. Qu'arrive-t-il alors ? La femme aura-t-elle son recours pour le tout, comme une caution, sans avoir rien à prouver ? Généralement on admet qu'il existe alors une *présomption légale* au profit de la femme : en disant que la femme est « réputée caution », la loi la dispense de toute espèce de preuve. Il lui serait trop difficile de prouver que l'obligation intéresse la communauté ou le mari ; c'est au mari, s'il veut lui faire supporter tout ou partie de la dette, à prouver qu'elle y est intéressée seule ou autant que lui

(Dalloz, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n° 1057 ; *Suppl., ibid.*, n° 345. En ce sens Paris, 10 juill. 1833, Dalloz, *Répert.*, eod. v°, n° 1033). — Cependant cette opinion traditionnelle perd du terrain : la présomption qu'on attribue à la loi n'est pas écrite dans le texte : pour que la femme soit réputée caution, il y a une condition : il faut que la dette ait été contractée « pour les affaires du mari ou de la communauté » ; cette condition doit être prouvée par la femme. Comp. Rennes, 22 nov. 1848, précité.

***1097. Femme obligée conjointement avec son mari.** — Si la femme s'oblige conjointement avec son mari, mais *sans solidarité*, il se produit une autre dérogation au droit commun, dans un autre sens ; ce n'est plus la femme qui est traitée plus favorablement qu'un débiteur ordinaire : c'est *le mari qui est traité plus rigoureusement*. Entre codébiteurs conjoints, le droit commun divise de plein droit la dette ; chacun d'eux en est tenu pour moitié (art. 1120). Cette règle commune s'applique bien à la femme : le créancier n'a action contre elle que *pour la moitié* (art. 1487)[1]. Mais le mari ? La loi n'en parle pas. On admet qu'il peut être *poursuivi pour le tout*. C'est une solution traditionnelle, déjà donnée dans l'ancien droit (Pothier, *Communauté*, n°s 729 et 732), ce qui est déjà une raison. Elle se motive en outre par l'intention vraisemblable des parties : le mari aurait pu conclure l'affaire à lui tout seul et il aurait été obligé pour le tout. En faisant intervenir la femme dans une affaire que le mari avait pouvoir de traiter seul, le créancier a voulu augmenter et non diminuer ses garanties : il a adjoint un second débiteur au premier sans faire remise à celui-ci d'une partie de sa dette. Du reste, en donnant la solution qui concerne la femme, l'art. 1487 semble bien nous donner à entendre que sa situation est une faveur dont elle est seule à bénéficier et qu'il existe à côté d'elle un autre débiteur tenu pour le tout, et qui ne peut être que son mari. Voyez la façon dont le texte est rédigé.

2° Femme mandataire du mari.

1098. Effet des obligations contractées par la femme comme mandataire. — Quand le mari veut s'obliger, il lui est permis de le faire par l'intermédiaire d'un mandataire. Or il a, à côté de lui, un mandataire tout trouvé et qu'il emploie souvent : c'est sa femme. La femme peut valablement faire l'office de mandataire (t. II, n° 2240 *bis*). On doit alors appliquer aux deux époux les principes ordinaires sur la représentation dans les actes juridiques : le mari sera considéré comme s'étant obligé lui-même et la femme ne deviendra pas personnellement débitrice ; le créancier ne pourra pas la poursuivre, car le mandataire ne s'oblige pas envers les tiers quand il contracte des obligations pour autrui en exécutant son mandat[2].

[1] Il résulte de là, ainsi que le faisait remarquer Mourlon (*Répétitions écrites*, t. III, n° 94), que les créanciers ont plus d'intérêt à traiter avec la femme seule, autorisée de son mari, qu'avec les deux époux conjointement, puisque, dans le premier cas, la femme est tenue pour le tout et le mari aussi (ci-dessus, n° 1091).

[2] Comme conséquence, il faut décider, si la femme renonce plus tard à la commu-

La dette tombera en communauté, parce qu'elle est réputée provenir du mari. C'est ce qu'explique très clairement l'art. 1420. Voyez aussi Trib. civ. Seine, 14 mars 1889, D. 91. 2. 257.

Toutefois la femme peut être poursuivie personnellement, dans bien des cas, au moyen d'une action *de in rem verso* (Paris, 22 nov. 1889, 7 mars, 26 mars et 18 nov. 1890, D. 91. 2. 257 : Cass., 2 janv. 1901, D. 1901. 1. 16).

Pour la reddition du compte de la femme, voir t. II, n° 2247 *bis*.

***1099. Mandat tacite général de la femme.** — Il n'est pas toujours besoin, pour appliquer ces règles, de supposer que la femme a reçu de son mari une « procuration » comme le dit l'art. 1420. Cette procuration écrite n'est nécessaire que pour les actes graves, et le pouvoir de représenter le mari existe de plein droit, en vertu d'un mandat sous entendu, pour les *fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes*, ce qu'on appelle maintenant d'un nom nouveau : les *actes ménagers* (Cass. 11 févr. 1826, S. 26. 1. 332 ; Paris, 9 août 1856, *Gaz. des trib.*, 9 et 10 août 1856)[1]. La jurisprudence va jusqu'à décider que ce mandat autorise la femme à contracter des *emprunts* au nom de son mari et de la communauté (Cass., 17 déc. 1901, D. 1903. 1. 153, S. 1905. 1. 37).

On admet qu'il ne cesse pas *quand le mari est absent*. Pour le cas où il s'est produit entre les époux une *séparation de fait*, on se demande si ce mandat dure encore et des difficultés spéciales se présentent : voyez ci-dessous, n° 1462 *bis*.

En maintenant ainsi au profit de la femme, même quand elle séparée de fait de son mari, les pouvoirs qu'elle tient d'un mandat souvent plus hypothétique que réel, la jurisprudence a fini par détruire presque complètement l'incapacité de la femme (Paris, 5 janv. 1904, D. 1905. 2. 249, et les observations critiques de M. Binet). Ce n'est pas, du reste, la première fois que des critiques s'élèvent contre les abus et les inconvénients de cette volonté fictive qu'on suppose chez le mari. Voyez, par exemple, Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 280 et suiv. Voyez aussi Trib. de paix d'Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906, D. 1907. 5. 2. On en arrivera probablement un jour à considérer la femme comme agissant en vertu d'un pouvoir propre. Comp. Chéron, *Étude sur l'adage « Uxor non est socia »*, p. 244.

1100. Révocation du mandat tacite. — Pour retirer à sa femme ce mandat général, il faut que le mari défende aux fournisseurs de lui faire crédit et de traiter avec elle, *par des notifications directes et individuelles*

nauté, que les emprunts faits par elle en l'absence de son mari et en qualité de mandataire, restent en entier à la charge du mari (Cass., 17 déc. 1901, D. 1903. 1. 153, S. 1905. 1. 37).

[1] Comparez la *puissance des clefs* (Schüsselgewalt) de la femme allemande (C. civ. allemand, art. 1357).

(Cass., 16 juill. 1889, D. 91. 1. 158, S. 90. 1. 115 ; comp. Poitiers, 23 déc. 1889, D. 90. 2. 359). Un avertissement collectif au moyen d'*insertions dans les journaux* ne suffirait pas à lui seul, du moins en général, pour décharger le mari des obligations contractées par sa femme ; cependant les juges auraient alors à apprécier les circonstances (Douai, 13 mars 1846, D. 47. 2. 60, S. 47. 2. 24). Ainsi ils pourraient écarter la réclamation des créanciers si le fait de la séparation des époux était *notoire* (Paris, 25 mai 1898, D. 99. 2. 309, et la note de M. De Loynes, dans D. 91. 2. 257) ; ainsi encore, si les fournitures faites à la femme dépassaient notablement les ressources du ménage, le montant de leurs factures pourrait être réduit (Paris, 5 févr. 1895, D. 96. 2. 495 ; Paris, 9 déc. 1895, D. 96. 2. 133).

Le mandat tacite reconnu à la femme cesse de plein droit en cas de séparation de corps ; il cesse même pendant l'instance. La femme ayant un domicile séparé n'oblige plus son mari envers sa couturière (Trib. de Lyon, 7 déc. 1901, *Moniteur de Lyon,* 19 déc. 1901).

1100 *bis*. Situation des faux ménages. — Le mandat tacite suppose le mariage. Il en résulte qu'il n'existe pas dans les faux ménages : le concubin n'est pas obligé de payer les dettes de sa pseudo-épouse (Trib. civ. Seine, 11 déc. 1901. D. 1902. 2. 133 ; 6 janv. 1902, D. 1904. 2. 238). C'est une des nombreuses faveurs que notre législation et notre jurisprudence octroient à l'envi aux gens qui fuient les liens du mariage. Le tribunal va jusqu'à dire que les fournisseurs ont commis une faute en ne renseignant pas ! Il serait étonnant qu'avec toutes les primes qu'on lui accorde, l'union libre ne se répandît pas au détriment du mariage.

3° Femme autorisée de justice.

****1101. Effet de l'autorisation.** — En principe, l'autorisation donnée par la justice à la femme n'ouvre pas d'action au créancier contre la communauté (art. 1426). L'obligation reste *personnelle à la femme*. L'autorisation n'a qu'un seul effet : *habiliter la femme à contracter,* rendre valable l'obligation contractée par elle, et qui sans cela serait annulable. Le créancier ne peut donc saisir que la nue propriété des biens de la femme.

***1102. Double exception.** — A cette règle, l'art. 1427 apporte deux exceptions :

1° Mari a tirer de prison. — On ne retire pas les gens de prison avec de l'argent, mais il s'agit ici d'un genre spécial de captivité. Le mari peut être *emprisonné pour dettes,* ce qui est encore possible en cas de condamnation pénale (L. 22 juillet 1867 ; L. 19 décembre 1871). Voyez t. II, n° 177. Il s'agit alors de payer ses dettes et pour cela d'emprunter de l'argent ; la femme s'y fera autoriser par justice. On peut encore supposer que le mari

est *prisonnier de guerre* ou *captif de brigands* et qu'on demande une rançon ou un cautionnement pour le mettre en liberté.

2° ENFANT A DOTER. — La loi suppose l'*absence du mari* (art. 1427) ; la dot est alors promise par la femme autorisée de justice. Si le mari est interdit, on applique l'art. 511 (t. I, n° 2096) ; c'est le conseil de famille du mari qui constitue la dot.

Dans ces deux cas, la femme autorisée de justice *oblige la communauté*. Il y a toutefois une différence entre eux : dans le premier, la femme peut agir *même sur le refus du mari* ; dans le second, il faut que le mari soit hors d'état de faire connaître sa volonté ; s'il est présent et capable et qu'il refuse, la femme ne peut rien faire, car il s'agit d'un acte de puissance paternelle et le mari seul en a l'exercice (art. 373).

1103. Controverse. — Ces deux exceptions sont-elles les seules ? J'en suis convaincu, car l'art. 1427 est un texte exceptionnel, le principe étant que l'autorisation de justice ne produit point d'effet contre la communauté (art. 1426). Nous ne pouvons donc pas aller au delà des termes de la loi.

L'opinion contraire est cependant très souvent soutenue et enseignée ; il y a même eu un arrêt en sa faveur (Amiens, 26 juill. 1877, DALLOZ, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 356, S. 77. 2. 265)[1]. On s'appuie d'abord sur le texte de l'art. 1427 : il y est dit que la femme, *même dans ces deux cas* (qui sont les plus favorables), ne peut obliger la communauté que si elle est autorisée par justice. Cela laisse supposer que dans d'autres cas encore la femme peut obliger la communauté quand la justice l'autorise. — Le raisonnement serait bon si nous n'avions sur la question que le texte actuel ; mais quand on le compare avec l'ancien droit, sa rédaction s'éclaire et son « même... » s'explique autrement. Autrefois, quand il s'agissait de tirer le mari de prison, la femme pouvait agir seule, sans aucune autorisation ; l'art. 1427 a été fait pour supprimer cette ancienne pratique et pour astreindre la femme à solliciter l'autorisation de justice, même dans ce cas. Comp. GUILLOUARD, t. II, n° 837.

On a développé un autre argument encore, tiré des règles de l'absence. En attendant la déclaration d'absence d'un mari disparu, le tribunal peut autoriser une personne quelconque à agir dans l'intérêt de l'absent, de façon que le mari et la communauté soient tenus par ce qui aura été fait en leur nom ; la femme peut être chargée de cette mission (art. 112). — Cela est vrai, mais on se place ainsi dans une hypothèse toute différente : il ne s'agit plus d'une obligation contractée par la femme et tombant dans la communauté ; la femme agit alors comme *mandataire du mari* ; elle le représente et gère

[1] Il s'agissait d'un mari aliéné dont la femme avait été nommée administratrice provisoire, et d'opérations commerciales à faire au nom de la communauté.

ses affaires sous la surveillance du tribunal ; c'est donc *une dette du mari* qui prend naissance et non une dette de la femme.

4° Femme agissant sans autorisation.

a. — *Cas ordinaire.*

** **1104. Nullité des obligations contractuelles.** — Dans les cas ordinaires les obligations contractées par une femme mariée non autorisée *ne grèvent jamais la communauté*. Mais il y a plus : *la femme elle-même n'est pas valablement obligée* (art. 217, 225 et 1125, — Comp. t. I, n°s 987 et suiv.), tout au moins lorsqu'il s'agit de contrats.

1105. Exception pour les obligations délictuelles. — Il y a cependant obligation valable si la femme se trouve tenue *par un acte illicite*, délit ou quasi-délit (t. I, n°s 940-941).

1106. Question. — La femme qui s'est rendue coupable d'un délit peut être poursuivie au civil par la victime, et pour défendre à cette action, elle a besoin d'être autorisée par son mari (t. I, n° 942). On se demande alors si le mari est tenu, à raison de cette autorisation, des condamnations prononcées contre la femme? Il faut distinguer : il ne sera pas tenu des *dommages-intérêts*, parce que ceux-ci ont leur cause dans le *fait délictueux* de la femme, que le mari n'a pas autorisé et dont il n'est pas responsable ; mais il sera tenu des *frais du procès*, car ils ont pour cause *une instance* qu'il a autorisée au lieu de s'entendre à l'amiable avec la partie lésée. Telle est, du moins, l'opinion la plus générale.

b. — *Femme commerçante.*

1107. Effet de ses obligations. — L'art. 1426 décide formellement que la femme oblige la communauté, sans le consentement de son mari, « lorsqu'elle contracte *comme marchande publique et pour le fait de son commerce* ». Je me suis déjà expliqué sur la question de savoir si la femme commerçante doit être considérée comme agissant réellement sans autorisation du mari, ou si on doit admettre l'existence d'une autorisation générale, donnée une fois pour toutes, pour lui permettre d'entreprendre son commerce (t. I, n° 982). Le résultat pratique est toujours le même : la femme commerçante oblige la communauté *comme si son mari l'avait autorisée*. C'est une solution traditionnelle ; et le mari lui-même est tenu de ses obligations comme il a été dit ci-dessus (n° 1091).

1108. Cas d'application. — Ce pouvoir anormal d'obliger la communauté par ses actes n'est accordé à la femme qu'*à raison de son commerce* (art. 1426). Il faut donc qu'il s'agisse d'actes commerciaux, soit par eux-mêmes, soit parce qu'ils se réfèrent au commerce que fait la femme. Mais il n'est pas nécessaire que ce soit un *contrat* : il y a des délits ou quasi-délits que la femme peut commettre en exerçant sa profession et qui en sont la conséquence et la dépendance. Le mari et la communauté en seront tenus.

Cette règle s'appliquerait même à des fonctions ou professions n'ayant pas le caractère commercial et que le mari aurait autorisées. Voyez pour une faute commise par une femme qui avait pris la garde d'un enfant moyennant salaire, Cass., 22 juill. 1891, D. 92. 1. 5. et la note.

D. — Dettes des successions échues aux époux.

1109. Avertissement. — Les règles qui vont être expliquées pour les *successions* s'appliquent également aux *donations* et aux *legs* (art. 1418).

I. Donations. — En principe, les donations entre vifs n'obligent pas le donataire à payer les dettes du donateur dont il est l'ayant cause à titre particulier. Cependant cette obligation peut lui incomber dans deux cas :

1° *S'il y a une convention spéciale qui l'y oblige.* Il faut alors qu'un *état des dettes* du donateur soit dressé au jour de la donation (art. 945).

2° *Si c'est une donation de biens à venir* ou *institution contractuelle.* Il s'agit alors d'une *donation de succession* qui équivaut à une *institution d'héritier.*

II. Legs. — Quant aux libéralités testamentaires qu'on appelle des « legs » une distinction analogue doit être faite : le légataire particulier n'est pas tenu des dettes ; cette obligation pèse seulement sur les *légataires universels* ou *à titre universel.*

Voilà donc trois cas (succession, donation, legs), dans lesquels l'un des époux peut se trouver *obligé par des dettes qu'il n'a pas contractées lui-même* et qui tombent à sa charge pendant le mariage : là est le trait commun de ces trois hypothèses. Nous avons à déterminer les droits de ces créanciers nouveaux sur la communauté. A l'exemple de la loi, nous ne nous occuperons que des successions, qui forment le cas le plus important ; les règles sont les mêmes pour les deux autres ; mais, pour mettre plus de clarté, nous distinguerons les règles applicables aux diverses masses de biens que les créanciers peuvent se proposer de saisir.

1° Biens compris dans la succession.

* **1110. Action des créanciers.** — Les créanciers du défunt *conservent toujours pour gage la totalité des biens héréditaires.* Ces biens arrivent à l'époux grevés de dettes ; celui-ci les recueille avec leurs charges, « *cum sua causa* ». Soit qu'ils restent propres à l'époux qui les recueille, soit qu'ils entrent en communauté, ils sont considérés comme formant toujours le gage des créanciers qui peuvent *les saisir en pleine propriété.* Et cela est vrai *dans tous les cas* : que la succession soit échue au mari ou à la femme, qu'elle soit acceptée par celle-ci avec l'autorisation du mari ou de justice, qu'il y ait eu ou non inventaire. Voyez les art. 1412, 1413, 1416, 1417.

2° Biens propres de l'époux héritier.

* **1111. Son obligation personnelle.** — Celui des époux qui recueille la succession devient *débiteur personnel des créanciers du défunt* ; ceux-ci ont donc action sur ses biens propres, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire. C'est le droit commun.

1112. Restriction relative à la femme. — Il y a toutefois une restriction à faire à cet égard quand c'est la femme qui recueille la succession. Si elle l'accepte *avec l'autorisation de justice,* les créanciers ne peuvent la poursuivre que sur *la nue propriété de ses biens personnels* ; ils ne peuvent toucher à la jouissance, qui appartient à la communauté. Ils n'ont d'action sur la pleine propriété des biens de la femme qu'autant qu'elle accepte avec

l'autorisation du mari (art. 1413). Cette disposition n'est du reste que l'application de principes déjà connus (ci-dessus, n° 1071).

3° Biens de la communauté.

***1113. Principe du système de la loi.** — Pour déterminer si la communauté sera tenue des dettes de la succession, la loi a posé des règles si compliquées qu'on a quelque peine à s'y reconnaître. Voici le principe théorique qui lui sert de point de départ : *la communauté doit supporter le passif, quand c'est elle qui recueille l'actif* ; au contraire, *elle ne doit pas en être tenue, quand l'actif reste propre à l'époux qui succède.* Ce principe très juste est l'application du vieil adage : *Ubi emolumentum, ibi onus.* » Le droit des créanciers contre la communauté dépendra donc de la nature mobilière ou immobilière des biens héréditaires.

Nous allons d'abord rechercher quelles seraient les *conséquences naturelles* de ce principe si on l'appliquait rigoureusement ; nous verrons ensuite quelles sont les *modifications* que ses effets subissent par l'intervention de causes étrangères.

Auparavant nous ferons remarquer que si l'entrée en communauté, sous le régime légal, dépend uniquement de la nature mobilière ou immobilière des biens, il peut cependant arriver, en matière de donations ou de legs, que le disposant ait manifesté une volonté contraire, pour faire entrer en communauté des biens immobiliers ou pour en exclure des biens mobiliers : on devra donc tenir compte non seulement de la nature des biens donnés ou légués, mais aussi des clauses de la donation ou du testament afin d'appliquer d'une manière exacte le principe ci-dessus énoncé.

a. — *Conséquences naturelles du principe.*

***1114. Successions mobilières.** — La communauté acquérant tout l'actif (art. 1401-1°) voit tout le passif tomber à sa charge (art. 1409-1° et 1411).

***1115. Successions immobilières.** — Quand la succession est purement immobilière, l'actif reste propre à l'époux (art. 1404, al. 1, et 1405) ; la communauté n'est donc pas tenue du passif.

Remarque. — Les successions purement immobilières sont très rares dans notre droit actuel, car il est impossible que le défunt ne possède pas au moins quelques meubles. Cependant on en rencontre quelques-unes : 1° le *legs à titre universel de tout ou partie des immeubles* ; 2° *le droit de l'héritier ab intestat*, quand le défunt a légué *tous ses meubles* à une autre personne ; 3° le *retour successoral* de l'ascendant donateur ou de l'adoptant, quand la chose donnée qui lui fait retour est un immeuble. — Dans notre ancien droit les successions purement immobilières étaient beaucoup plus fréquentes, à cause de la *distinction des propres et des acquêts* qui séparait en deux presque toutes les successions et en déférait les deux parties à des héritiers différents : les meubles étaient dévolus au même héritier que les acquêts immobiliers, et l'héritier aux propres ne recevait jamais que des immeubles.

1116. Successions mixtes. — Quand la succession comprend à la fois des meubles et des immeubles, la communauté devrait être *tenue des dettes*

pour une part proportionnelle à la part d'actif qu'elle recueille. Or elle prend les meubles, tandis que les immeubles restent propres à l'époux. C'est donc d'*après la proportion des meubles dans la valeur totale de la succession* que la communauté se trouverait tenue des dettes, si l'on appliquait rigoureusement le principe de proportionnalité ; mais on verra (aux nos 1119 et 1120) qu'on en est fort éloigné.

1117. Observation. — Par cette analyse du principe, on voit que le procédé adopté pour la répartition du passif des successions entre l'époux et la communauté est beaucoup plus équitable que celui qui a été admis pour la répartition du passif antérieur au mariage (ci-dessus, nos 1076 1077). En effet la charge de l'époux et celle de la communauté dans les dettes héréditaires se déterminent proportionnellement à l'actif que chacun recueille, ce qui aboutit à *une proportionnalité réelle* entre l'actif et le passif ; tandis que pour les dettes antérieures au mariage la part de la communauté se détermine d'après la nature mobilière ou immobilière des dettes, ce qui fait qu'elle les supporte toutes, alors qu'elle n'acquiert souvent qu'une part infime de l'actif des époux. Il y a donc *une véritable inexactitude* dans la rédaction de l'art. 1409-1°, qui applique aux dettes des successions les mêmes règles qu'aux dettes antérieures au mariage et qui les met à la charge de la communauté par cela seul qu'elles sont mobilières. Son énonciation inexacte est du reste corrigée suffisamment par les art. 1411 et suiv. qui contiennent des dispositions précises sur la matière.

b. — *Modifications résultant de causes étrangères.*

1118. Nature variable de ces modifications. — Il a été impossible d'appliquer rigoureusement et exclusivement dans tous les cas le principe ci-dessus indiqué, avec les conséquences qui en découlent telles qu'elles viennent d'être analysées. Divers principes différents sont venus le contrarier et en modifier les effets, tantôt pour *restreindre le droit des créanciers contre la communauté*, en les empêchant de saisir les biens communs quand la succession est mobilière, tantôt pour *étendre leur action* en leur permettant de saisir ces mêmes biens, même quand la succession est immobilière.

En pareil cas la proportion voulue par la loi se rétablit plus tard au moyen de *récompenses*, et la répartition proportionnelle du passif et de l'actif ne régit plus les rapports des époux avec les créanciers héréditaires ; la règle n'est vraie que *dans les rapports des époux entre eux.*

1119. Successions échues au mari. — On ne rencontre pour elles qu'une seule cause de modification, mais qui est *constante* : c'est son pouvoir presque absolu sur la communauté, confondue avec ses propres biens et tenue de toutes ses dettes. Il en résulte, lorsque la succession échoit au mari, que *les créanciers ont toujours action pour le tout contre la communauté*, alors même que la communauté ne gagnerait qu'une partie de la succession, ou même n'en acquerrait aucune part. Voyez l'art. 1412 pour les successions purement immobilières, et l'art. 1416 pour les successions mixtes. Si les créanciers usent de leur droit et se font payer avec les biens communs, la communauté a droit ensuite à une récompense de la part du mari, pour le total, si la succession est purement immobilière ; pour une part correspondante aux immeubles, si elle est mixte.

1120. Successions acceptées par la femme avec l'autorisation du mari. — Grâce à l'autorisation du mari, les créanciers voient augmenter leurs droits sur la communauté, dans une mesure variable.

I. Successions mixtes. — Il eût été très difficile pour les créanciers de savoir pour quelle part ils peuvent poursuivre la communauté : cette part dépend de la proportion des meubles par rapport à l'ensemble de la succession, et les créanciers ignorent cette proportion, qui ne peut être connue que par une évaluation exacte, plus exacte même que celles que contiennent les inventaires. Pour simplifier, la loi leur donne *action pour*

le tout contre la communauté (art. 1416). C'est ensuite aux époux, quand ils connaîtront cette proportion par le partage et l'inventaire, à régler les différences au moyen de récompenses, de façon à ne laisser à la charge de la communauté que sa part contributoire. Cela n'a rien d'exorbitant, car la communauté a reçu tout l'argent liquide de la succession ; elle peut bien faire l'avance du total des dettes, sauf à recourir ultérieurement contre la femme.

II. Successions purement immobilières. — Les dettes de ces successions sont exclues de la communauté, quoique le mari ait autorisé sa femme à accepter. La loi est formelle (art. 1413). — Toutefois leur exclusion n'est pas absolue : elle s'applique seulement au *capital* des dettes, car la communauté acquérant la jouissance des immeubles recueillis par la femme, il est juste de lui faire supporter *les intérêts des dettes héréditaires.*

1121. Successions acceptées par la femme avec autorisation de justice. — Restriction habituelle de l'action des créanciers. — Dans ce cas la modification aux effets naturels du principe de proportionnalité ne consiste plus, comme dans les hypothèses précédentes, dans une extension de l'action des créanciers ; c'est au contraire une *restriction* qui se produit. Il est de principe que l'autorisation de justice ne peut pas nuire à la communauté ni au mari ; la loi refuse donc aux créanciers de la succession le droit de poursuivre la communauté, *même quand la succession recueillie par la femme est mobilière en tout ou en partie.* Le passif reste alors personnel à la femme, comme s'il s'agissait d'une succession immobilière.

Réfutation d'une objection. — On pourrait avoir un scrupule : la communauté acquiert l'actif (art. 1401-1°), qui est régulièrement devenu propriété de la femme. Ne serait-il pas juste de lui faire supporter une part proportionnelle du passif ? Cette injustice apparente a fait quelquefois douter que l'actif lui-même entrât en communauté ; on a voulu le déclarer *propre à la femme.* — Réponse : La communauté n'acquiert l'actif que « cum onere » ; elle le gagne déduction faite des dettes, puisque les créanciers conservent comme gage la totalité de la succession, en meubles et immeubles (ci-dessus, n° 1110). C'est seulement le *surplus de la fortune de la femme* qui reste hors de leur atteinte ; il n'y a rien d'injuste dans ce résultat.

Effet de la confusion du mobilier. — Il se peut qu'en fait le mobilier héréditaire recueilli par la femme se soit confondu avec les meubles qui appartenaient déjà aux époux et qui font partie de leur communauté. Alors la communauté se trouve tenue, comme tout détenteur d'un mobilier chargé de dettes, et les créanciers peuvent la poursuivre, par une sorte d'action « de in rem verso », jusqu'à concurrence des valeurs qu'elle a reçues. Remarquez que ce n'est pas *l'acceptation de la succession* par la femme, ni *l'autorisation donnée par le tribunal* qui obligent alors la communauté : c'est un fait postérieur, *la confusion du mobilier héréditaire et du mobilier commun.*

Étendue de l'obligation de la communauté. — Rationnellement, la communauté ne devrait être tenue que *dans la mesure de son enrichissement*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur du mobilier reçu par elle. Mais comment connaître cette valeur ? il n'y a qu'un moyen : l'*inventaire.* Si le mari a eu soin d'inventorier les meubles de la succession, il s'en servira pour limiter les poursuites des créanciers héréditaires : s'il a négligé cette précaution, il est en faute, puisqu'il était chargé d'administrer les biens de sa femme ; aussi la loi donne-t-elle alors action aux créanciers *pour le tout* contre lui et la communauté (art. 1416, al. 2).

E. — Intérêts ou arrérages des dettes personnelles des époux

***1122. Le principe.** — Comme conséquence du droit de jouissance que la loi accorde à la communauté sur les biens propres des époux, elle fait une charge commune du service des intérêts ou arrérages dus à leurs créanciers personnels (art. 1409-3°). Les intérêts dus aux créanciers se

paient généralement avec les revenus ; or c'est la communauté qui touche tous les revenus des époux : il est donc tout naturel qu'elle supporte annuellement les intérêts de leur passif. Ainsi, de même que leurs biens personnels ne leur restent *propres qu'en nue propriété* et tombent en communauté pour la jouissance, de même leurs dettes personnelles ne leur restent *propres qu'en capital*, et le service des intérêts est à la charge de la communauté.

1123. Application à la femme. — Pour le mari, qui n'a pour ainsi dire jamais de dettes personnelles, la disposition de l'art. 1409-3° n'offre pas grand intérêt. Il en est autrement pour la femme, dont le passif personnel, étranger à la communauté, peut être considérable.

ÉNUMÉRATION. — Sont personnelles à la femme, d'après les règles ci-dessus exposées :

1° Les dettes antérieures au mariage, quand elles n'ont pas date certaine et que le mari n'en reconnaît pas l'antériorité ;

2° Les dettes contractées par elle pendant le mariage sans autorisation ni du mari ni de justice ;

3° Les dettes contractées avec l'autorisation de justice en dehors des deux cas prévus par l'art. 1427 ;

4° Les dettes des successions, donations ou legs, acceptés avec l'autorisation de justice ;

5° Les dettes des successions, ou donations purement immobilières acceptées même avec l'autorisation du mari.

1124. Dettes faussement assimilées aux intérêts passifs. — Dans la plupart des livres et des cours, on ajoute aux précédentes d'autres dettes, d'une autre nature, que l'on met à la charge de la communauté au même titre et comme conséquence de son droit de jouissance : on les réunit toutes ensemble sous le nom de « Dettes charges des fruits ». Ce sont : 1° les *réparations d'entretien des biens propres* et autres charges annuelles, telles que les *impositions*, qu'on appelle « charges usufructuaires » (art. 1409-4°) ; 2° les *charges du mariage* (aliments des époux, éducation et entretien des enfants, etc.) (art. 1409-5°). En cela on ne fait que suivre l'exemple de la loi qui les énumère à la suite des autres éléments passifs de la communauté, et qui elle-même suit ici POTHIER, *Communauté*, n°s 270 et suiv. — Cependant ces deux sortes de dettes doivent certainement être éliminées de notre énumération, car *elles font nécessairement double emploi avec les catégories précédentes*. De quoi s'agit-il en effet? D'obligations contractées envers des tiers au cours du mariage, soit pour les réparations des propres, soit pour l'entretien de la famille ou l'éducation des enfants. Or ces obligations ne peuvent naître que de contrats ou de marchés passés soit par la femme, soit par le mari : c'est le mari qui traite avec un entrepreneur pour des travaux à faire ; c'est la femme qui achète des denrées ou des vêtements ; c'est un enfant qu'on met en pension ; en toute hypothèse il y aura une obligation contractée par le mari ou par la femme comme mandataire du mari, et il en a déjà été parlé.

Pourquoi donc Pothier s'en occupait-il à part? C'est qu'il voulait remarquer que ces dettes doivent rester définitivement à la charge de la communauté : c'est la charge annuelle de son droit de jouissance. Elle n'aura donc *pas droit à récompense* de la part des époux pour les réparations faites sur leurs propres, ni pour l'entretien de leurs personnes. Cela est très vrai et très important à dire ; seulement *c'est un autre point de vue* ; c'est un morceau de la théorie des récompenses, théorie dont nous ne nous occupons pas encore. Observons une fois pour toutes que dans la plupart des articles relatifs au passif de la communauté la loi traite pêle-mêle les deux ordres d'idées, contribution et droit de poursuite.

§ 3. — *Modifications conventionnelles des règles légales.*

A. — Clauses extensives du passif commun.

1125. Observation générale. — Sur ces clauses il y a peu de choses à dire. L'augmentation du passif de la communauté ne fait jamais l'objet direct et exclusif d'une clause particulière, mais *elle résulte parfois implicitement de certaines clauses étendant l'actif de la communauté,* comme l'ameublissement ou la communauté universelle, clauses qui ont indirectement pour effet d'augmenter le passif commun, par application du principe de proportionnalité.

1126. Effet de l'ameublissement. — L'ameublissement laisse en principe les époux sous le droit commun pour le paiement de leurs dettes, parce que la communauté ne reçoit les immeubles ameublis qu'à titre particulier. Cependant si le contrat de mariage contenait un *ameublissement général et en pleine propriété,* par exemple celui des immeubles à recueillir par succession, il y aurait modification indirecte des règles du passif; la communauté, recueillant en totalité l'actif héréditaire, serait tenue de tout le passif de la succession.

1127. Effet de la communauté universelle. — L'effet de ce genre de communauté au point de vue des dettes est encore plus simple, parce qu'il est plus complet; tout le passif devient commun, sauf :

1° Les obligations contractées par la femme pendant le mariage sans l'autorisation du mari;

2° Les dettes grevant les dons ou legs faits sous la condition qu'ils n'entreront pas en communauté;

3° Les obligations dérivant d'une reconnaissance d'enfant naturel faite pendant le mariage, dans les conditions prévues par l'art. 337 (t. I, n° 1495). Toutefois ce dernier cas est controversé. Comp. ci-dessus, n° 1088.

B. — Clauses restrictives du passif commun.

***1128. Leur importance et leur nombre.** — Celles-ci sont beaucoup plus pratiques, plus intéressantes et aussi plus difficiles à expliquer et à comprendre. L'exclusion de communauté peut résulter pour les dettes de deux clauses différentes : l'une est la *séparation des dettes,* l'autre la *déclaration de franc et quitte.*

1° Clause de séparation des dettes.

***1129. Sa portée possible.** — Cette clause peut avoir pour objet : 1° les *dettes mobilières antérieures au mariage*; c'est le seul cas prévu par

l'art. 1510, reproduisant l'art. 222 de la coutume de Paris ; 2° les *dettes grevant les meubles recueillis par succession, donation ou legs pendant le mariage.*

Mais c'est tout : on ne peut pas exclure de la communauté les *dettes contractées pendant le mariage* par les époux. Le sort de celles-ci est *réglé par la loi d'une manière impérative,* d'après le rôle qu'elle assigne à chacun d'eux et les pouvoirs qu'elle lui accorde ou qu'elle lui refuse. Ainsi on ne pourrait pas convenir que le mari en s'obligeant n'obligera pas la communauté : ce serait porter atteinte aux droits qu'il possède comme chef, ce qui est défendu par l'art. 1388 (ci-dessous, n° 800).

***1130. Exclusion des dettes mobilières antérieures au mariage.** — C'est une convention très fréquente. Les époux stipulent volontiers que *leur communauté ne sera point chargée des dettes actuelles,* ou, ce qui revient au même que *chacun d'eux paiera séparément les siennes.* Ordinairement la stipulation est *réciproque* et s'applique aux deux époux également. Mais il est permis de la rendre *unilatérale,* et d'exclure seulement les dettes de l'un des époux. Pareille convention se comprend si l'un des époux a un passif considérable, tandis que l'autre n'en a pas ; en se mariant sous le régime légal, l'époux endetté passerait la moitié de ses charges à l'autre ; on évite ce résultat par une clause d'exclusion, même dépourvue de réciprocité.

1131. La question de date. — Comme l'exclusion ne peut porter que sur les dettes antérieures au mariage, la question de date prend une grande importance, et quelques cas présentent des difficultés.

Délits. — Si un délit a été commis, avant le mariage, par l'un des époux qui est ensuite condamné à raison de ce fait, l'*amende* et les *réparations civiles* prononcées ou liquidées après le mariage sont exclues de la communauté, car leur vraie cause est le délit et le jugement n'a fait que constater leur existence et en déterminer le montant.

Procès. — Lorsqu'un procès a été engagé avant le mariage, si l'époux le perd et est condamné aux *dépens,* la cause de son obligation est le fait d'avoir témérairement intenté un procès ; il était sans droit pour agir, le jugement le prouve ; sa dette est donc en réalité antérieure au mariage.

Tutelles. — Si l'un des époux était chargé d'une tutelle quand il s'est marié et sort de charge pendant le mariage, sa dette sera connue par le compte de tutelle et en formera le *reliquat* ; mais il faudra distinguer selon la date des faits qui ont constitué le tuteur débiteur de son pupille : l'exclusion portera sur les sommes dont il était déjà redevable au jour du mariage, mais non sur les obligations résultant de sa gestion postérieure.

***1132. Effet de la clause entre les époux.** — Dans les rapports des époux entre eux la clause a un effet très simple et qui est toujours le même, qu'il s'agisse du mari ou de la femme : lorsque la communauté aura acquitté de ses deniers une dette antérieure au mariage, l'époux qui en était débiteur lui en devra récompense, puisqu'il avait été convenu que la communauté n'en serait point chargée. Ce point est réglé très clairement dans l'art. 1510, al. 1.

Seuls, les intérêts courus pendant le mariage resteront à la charge de la communauté (art. 1512), comme s'il s'agissait d'une dette exclue par la loi.

*1133. **Effet à l'égard des créanciers.** — La clause de séparation des dettes est-elle *opposable aux créanciers*, c'est-à-dire les époux peuvent-ils, en s'armant de leur contrat de mariage, soutenir que la communauté est exonérée de toute poursuite et empêcher les créanciers de saisir leurs biens communs ? Une distinction doit être faite selon qu'il y a eu ou non inventaire du mobilier antérieur au mariage.

1° Absence d'inventaire. — Ce cas particulier est réglé par la loi (art. 1510, al. 2). Si le mobilier antérieur au mariage n'a pas été inventorié, il s'est *confondu dans la communauté* avec les autres biens qui la composent, et les créanciers ont toujours *action sur la totalité des biens communs*, « sans avoir égard, dit le texte, à aucune des distinctions qui seraient réclamées ». Cela veut dire que la règle est la même, qu'il s'agisse des créanciers de la femme ou de ceux du mari, qu'ils veuillent saisir dans la communauté les apports de l'un ou de l'autre époux, même de celui qui n'était pas leur débiteur, que ces biens soient meubles ou immeubles ; ils peuvent saisir même les *acquêts immobiliers*, car ces biens ont été acquis peut-être avec les meubles de leur débiteur. En d'autres termes, quand il n'y a pas eu d'inventaire du mobilier, la clause de séparation des dettes ne produit jamais d'effet contre les créanciers[1].

2° Existence d'un inventaire. — Cette hypothèse, inverse de la précédente, n'a pas été prévue par la loi et nous sommes réduits à des solutions doctrinales.

Un premier point est certain : *la clause sera opposable aux créanciers de la femme* ; le mari pourra se défendre contre eux en leur opposant l'inventaire, sous la seule condition de leur faire l'*abandon du mobilier inventorié*. Les créanciers n'ont pas à se plaindre puisqu'ils conservent le droit de saisir les biens qui formaient leur gage au jour du mariage. C'est une solution traditionnelle, exposée tout au long dans Pothier, *Communauté*, n°s 362 à 364.

Il y a, au contraire, *controverse* sur le point de savoir si les *créanciers du mari* se verront de même arrêtés dans leurs poursuites par l'existence d'un inventaire. Quelques auteurs soutiennent qu'il ne faut point faire de différence entre les créanciers du mari et ceux de la femme ; pour eux l'argu-

[1] L'effet de la confusion résultant du défaut d'inventaire sera le même si on suppose qu'il s'agit non plus du mobilier existant au jour du mariage, mais d'une *succession en partie mobilière* acceptée par la femme sous un régime de communauté réduite aux acquêts : en s'abstenant de faire inventorier les valeurs mobilières comprises dans la succession, le mari s'oblige personnellement envers les créanciers au paiement des dettes du défunt et oblige la communauté avec lui (Cass., 23 avril 1888, D. 89. 1. 233, S. 89. 1. 25).

ment « a contrario » qui se tire du texte de l'art. 1510 a la même force contre les deux catégories de créanciers. Cette opinion me paraît une erreur : même quand il y a eu inventaire, la clause de séparation n'est *jamais opposable aux créanciers du mari*, à cause des pouvoirs que leur débiteur possède sur la communauté. Ces pouvoirs sont tels que lui-même pourrait toujours employer les biens communs à désintéresser ses créanciers personnels ; ce qu'il peut faire ainsi, ses créanciers peuvent évidemment le faire de son chef. Comp. AUBRY et RAU, t. V, § 526, texte et note 11. Il n'y a donc que les créanciers de la femme qui soient arrêtés par la clause de séparation des dettes, et c'est du reste ce que suppose clairement Pothier : il ne se préoccupe que du mari aux prises avec les créanciers de sa femme et ne se demande même pas si la clause qu'il examine serait opposable à ceux du mari (POTHIER, *Communauté*, nos 362 à 364).

1134. Exclusion des dettes grevant les successions, donations ou legs. — L'exclusion de ces dettes résulterait suffisamment de l'exclusion de l'actif qu'elles grèvent et on pourrait la sous-entendre ; mais en fait les contrats de mariage l'établissent toujours *expressément*.

Si cette convention a été adoptée par les époux, il faudra appliquer à ces dettes provenant de successions, de donations ou de legs les mêmes règles et les mêmes distinctions qui viennent d'être exposées pour les dettes antérieures au mariage, notamment pour l'*inefficacité de la clause contre les créanciers du mari*, et pour la *nécessité d'inventorier le mobilier échu à la femme*, si le mari veut écarter l'action des créanciers de celle-ci contre la communauté.

1135. Forme usuelle de ces clauses. — Dans la pratique les clauses expresses d'exclusion des dettes portent presque toujours *sur les deux catégories de dettes* signalées ci-dessus au n° 1129, et en outre elles sont *réciproques*. Les époux stipulent qu'ils paieront séparément : 1° leurs dettes antérieures au mariage ; 2° toutes les dettes qu'ils recueilleront par succession, donation ou legs. Sous cette forme, elle concourt avec une clause correspondante pour l'actif, à former la *communauté réduite aux acquêts* (ci-dessus. n° 1000).

***1136. Conséquence pratique.** — Que reste-t-il pour former le passif commun sous l'empire de cette clause quand elle est complète ? La loi ne nous fournit à cet égard aucune indication ; elle semble même nier l'existence d'un passif commun, en disant dans l'art. 1498, que la communauté ne doit payer *ni les dettes présentes, ni les dettes futures* des époux. Mais on a déjà vu, à propos de l'actif (ci-dessus, n° 995), que le mot « futur » n'a pas un sens absolu, et désigne dans l'usage, en matière de communauté, ce qui est acquis par succession, donation ou legs. Il reste au contraire des catégories considérables de dettes qui entrent en communauté ;

ce sont *toutes celles qui sont contractées par le mari et toutes celles que la femme contracte avec son autorisation*, auxquelles il faut joindre les deux cas prévus par l'art. 1427, où la femme s'oblige avec l'autorisation de justice (ci-dessus, n° 1102), et les *intérêts ou arrérages* de toutes les autres dettes des époux.

1137. Question particulière. — On s'est demandé quelle influence pouvait avoir sur la composition du passif commun la *réduction de la communauté aux acquêts immobiliers* (ci-dessus, n° 1009). Que deviennent les dettes contractées pendant le mariage ? La jurisprudence a décidé qu'*elles tombent dans la communauté*, malgré l'exclusion de certains acquêts, et que les époux s'en trouvent tenus comme sous un régime de communauté d'acquêts ordinaire (Rouen, 29 juin 1850, D. 51. 2. 200, S. 51. 2. 385 ; Cass., 3 août 1852, D. 52. 1. 257, S. 52. 1. 833). Cette clause assez rare reste donc sans influence sur la composition passive de la communauté ; elle n'en modifie que l'actif.

2° Déclaration de franc et quitte.

1138. Définition. — C'est la seconde des conventions restrictives du passif commun. On appelle ainsi la clause dans laquelle l'apport de l'un des époux est *déclaré par contrat de mariage franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage*. C'est une sûreté, une garantie donnée à l'autre époux, pour le prémunir contre la surprise désagréable d'avoir à payer des dettes peut-être considérables, sur lesquelles il ne comptait pas : on lui promet que l'apport de son conjoint est *net*. Cette convention est prévue par l'art. 1513.

Cette clause est extrêmement usitée. Elle est presque de style dans les contrats de mariage, où beaucoup de notaires l'insèrent d'office.

1139. Forme. — La déclaration est habituellement *expresse*, mais elle peut être *tacite*. Elle résulte implicitement de la simple *promesse d'apport*, prévue dans l'art. 1500 (ci-dessus, n° 1012). Quand un apport *déterminé* a été promis à la communauté, il faut qu'il soit *franc* ; s'il était grevé de dettes, il ne se trouverait effectué qu'en partie. De là la disposition de l'art. 1511 : « Un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage ».

1140. Effets. — 1° A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS. — La clause de franc et quitte n'est *pas opposable aux créanciers* ; elle n'empêche pas les créanciers de l'époux dont l'apport a été déclaré franc et quitte de poursuivre leur paiement sur la communauté, *sur toute la communauté*, même sur les meubles qui proviennent de l'autre époux. A ce point de vue la clause de franc et quitte est moins avantageuse que la séparation des dettes, qui paralyse l'action des créanciers de la femme, dès qu'il est fait inventaire. Aussi, pour obtenir tout l'effet utile de ces conventions, on combine le plus souvent les deux clauses.

2° A L'ÉGARD DES ÉPOUX. — Celui dont l'apport a été déclaré franc et quitte est tenu d'indemniser la communauté si, contrairement à sa déclaration, il existait des dettes à sa charge que la communauté a été obligée de payer. La masse commune a droit à récompense ; elle a un *recours à exercer contre l'époux débiteur* comme s'il y avait eu séparation des dettes. Ce recours présente même *deux avantages particuliers*, qui n'existent pas dans le cas de séparation des dettes, et c'est ici qu'apparaît l'utilité spéciale de la déclaration de franc et quitte, son rôle propre, quand on l'ajoute à une clause de séparation.

PREMIER AVANTAGE. — La communauté ne doit *pas même supporter les intérêts des dettes* qui n'ont pas été déclarées : son recours lui est donné pour tout ce qu'elle a payé, en intérêts aussi bien qu'en capital. Le motif est bien clair : on lui avait promis qu'aucune dette n'existait ; il faut l'indemniser de tout ce qu'on lui a fait perdre. Cela n'a pas lieu dans le recours ouvert à raison d'une clause pure et simple de séparation des dettes. Voyez ci-dessus, n° 1132.

SECOND AVANTAGE. — Le recours peut être donné non seulement contre l'époux débiteur, mais *même contre des tiers*. La déclaration que l'apport est franc et quitte a pu être faite par d'autres que l'époux en même temps que par lui, c'est-à-dire *par ses parents*, ou *par son tuteur*, comme le prévoit l'art. 1513, et même *par un étranger*. Toutes ces personnes sont tenues en vertu de la déclaration qu'elles ont faite ; elles en sont responsables et se trouvent ainsi *garantes* de la déclaration faite par l'époux lui-même. Seulement ce recours contre les tiers est *subsidiaire* : il a lieu uniquement « en cas d'insuffisance » des biens de l'époux, d'après l'art. 1513, al. 1.

1141. Ouverture du recours. — A quelle époque l'époux bénéficiaire de la clause pourra-t-il agir contre un conjoint pour se faire indemniser, en exerçant le recours que lui ouvre l'art. 1513 ? Il faut remarquer que cette action soulève une question de *récompense* entre époux ; par suite l'affaire doit se liquider *seulement après la dissolution de la communauté*, quand on procède au règlement des récompenses.

Cependant la loi déroge à cette règle en faveur du mari, quand c'est l'apport de la femme qui a été déclaré franc et quitte : on lui permet d'agir *même pendant le mariage* contre les auteurs de la déclaration qui se sont portés garants de sa femme (art. 1513, al. 2). Ceux-ci de leur côté auront un *recours* contre la femme, dont ils ne sont en quelque sorte que les cautions ; mais ce recours ne leur est ouvert qu'*après la dissolution de la communauté* (art. 1513, al. 2 *in fine*).

§ 4. — *Droits des créanciers des époux sur les biens réservés.*

1142. Créanciers de la femme. — Lorsque la femme qui gagne de l'argent par son travail personnel a pu faire des économies et des placements, les biens acquis par elle entrent dans la communauté, mais ils y forment une masse distincte sous le nom de *biens réservés* (ci-dessus, n° 1045-6°). Les pouvoirs très étendus d'administration et de disposition que la femme possède sur ces biens ont comme conséquence d'en faire le gage de ses créanciers qui peuvent librement les saisir (L. 13 juillet 1907, art. 3, al. 1er), même quand elle vit séparée de fait de son mari (Cass., 1er févr. 1909, D. 1909. 1. 85).

Cette disposition est très remarquable et modifie gravement la situation des femmes mariées qui exercent une profession lucrative, car sur les biens provenant de leur travail leur capacité est entière ; aucune limite n'est apportée à leur faculté de s'obliger. Ainsi *une dette quelconque*, contractée par la femme sans autorisation du mari ou de justice, pourra amener la saisie d'un bien réservé, qui est un bien de communauté.

Il résulte de cette capacité nouvelle accordée aux femmes mariées que leurs créanciers antérieurs au mariage n'ont plus besoin d'avoir un titre ayant date certaine pour saisir leurs biens réservés.

OBSERVATION. — Le pouvoir nouveau, accordé aux femmes mariées par la loi du 13 juillet 1907, ne s'étend pas au delà des biens réservés. L'art. 3 de la loi dit formellement, dans son alinéa final, que le mari n'est pas tenu, ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens propres, des

obligations contractées par la femme sans autorisation, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'art. 1er.

Toutefois ce même alinéa de l'art. 3 contient une réserve assez énigmatique, visant le cas où la femme aurait agi *dans l'intérêt du ménage*, et d'où il résulte que le mari et la communauté seraient alors tenus des engagements contractés par la femme. Qu'est-ce à dire ? Est-ce que la loi de 1907 reconnaît désormais à la femme *un pouvoir propre* pour obliger la communauté et le mari toutes les fois qu'elle agit dans l'intérêt du ménage ? Ce serait là une réforme considérable, qui n'a été ni annoncée ni étudiée par les auteurs de la loi, et qui dépasserait de beaucoup les cas où il y a des biens réservés, car elle atteindrait toutes les familles. Il est plus naturel de penser que les rédacteurs de cet alinéa ont simplement voulu faire allusion au *mandat tacite* reconnu au profit de la femme par la tradition du droit français pour les actes dits *actes ménagers* (ci-dessus, n° 1099). Sans cela, il faudrait bouleverser entièrement notre régime de communauté, et attribuer *à toute femme mariée* un pouvoir presque égal à celui du mari sur les biens communs.

1143. Créanciers du mari. — Les droits des créanciers du mari ont été également modifiés sur des points très graves, par la loi de 1907, mais en sens inverse de ceux de la femme : au lieu d'avoir été étendus, leurs droits ont été restreints. En principe, les biens réservés échappent à leur action (L. 13 juillet 1907, art. 3, al. 2). C'est la conséquence forcée du système imaginé au profit de la femme : le pécule créé par elle est à sa disposition : il lui est *réservé* et ne doit pas être à la disposition du mari.

Toutefois ce principe souffre une restriction considérable. Les biens réservés sont compris dans la communauté. Or la communauté est un patrimoine *affecté aux besoins communs du ménage*. De là découle, comme une conséquence naturelle, la faculté pour le mari, qui est resté le chef de la communauté, d'obliger *tous les biens communs sans distinction*, y compris même le pécule réservé provenant de la femme, *lorsqu'il contracte dans l'intérêt commun*. C'est encore ce que dit l'alinéa 2 de l'art. 3, aux termes duquel les biens réservés peuvent être saisis par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui « dans l'intérêt du ménage ».

On retrouve là cette expression nouvelle dans nos lois, déjà signalée au n° 1142. Mais ici, s'appliquant au mari, elle ne peut s'entendre d'une façon aussi étroite que pour la femme agissant comme pourvoyeuse du ménage en vertu d'un mandat tacite. On ne peut songer à restreindre le pouvoir du mari d'obliger les biens réservés au cas où il aurait acheté des fournitures courantes, comme des vivres ou des vêtements. Il importe qu'il possède le même droit pour des affaires plus importantes, gros achats ou grosses dépenses faites dans un intérêt commun.

En tout cas, la loi de 1907 contient ici le germe de difficultés sans nombre, car il s'agira toujours de savoir si la dette du mari a été réellement contractée *dans l'intérêt du ménage*. Ce sera une question de fait dont l'appréciation, toujours délicate, fera naître plus d'un procès. C'est le point faible de la réforme, car l'effet de l'obligation ne dépend pas de la *nature de l'acte* ni de la *qualité de son auteur*, mais d'une chose changeante et mobile, *la nature du but poursuivi*[1]. — La preuve que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage incombe au créancier (L. 13 juillet 1907, art. 3, al. 3).

Observation. — Au reste ces difficultés pourront fort bien disparaître dans la pratique : dans les cas douteux, ou même quand il est évident que le mari n'agit pas dans l'intérêt du ménage, les tiers pourront toujours demander l'engagement personnel de la femme, laquelle est capable d'engager les biens réservés sans limite et sans distinction d'après l'objet de la dette. C'est la conséquence forcée de la capacité qu'on lui a donnée ; la liberté apporte avec elle ses périls. Cependant cette possibilité a été contestée par M. Viollette dans la discussion à la Chambre des députés. Il a soutenu que la femme ne pourrait valablement disposer de ses biens réservés que dans l'intérêt du ménage, et que toute l'utilité de la réforme serait compromise, si on lui permettait de les engager pour une dette quelconque, par une simple signature, en s'obligeant avec son mari : celui-ci retrouverait indirectement, par la participation de sa femme, le moyen de disposer des biens qu'on a voulu soustraire à sa gestion. Un tel engagement devrait donc être nul. — Cette opinion qui a été acceptée à la légère par des jeunes gens dans quelques thèses de doctorat, est inadmissible, et on en a déjà fait justice (Pichon, *Revue critique*, 1908, p. 42). Ce serait la résurrection du S. C. Velléien qu'on a eu tant de peine à faire disparaître de nos lois. La femme est capable de s'obliger, elle peut donc user de son droit. Il est vraiment étonnant que les partisans les plus farouches de la femme la considèrent toujours, sans s'en apercevoir eux-mêmes, comme une perpétuelle mineure, et l'entourent de nouveaux liens au moment où ils l'affranchissent.

[1] Par exemple, dans un ménage où la femme seule possède des économies provenant de son travail, le mari monte une entreprise pour gagner sa vie, il achète un matériel, des outils, etc. Il ne réussit pas et ne peut payer ses achats : les vendeurs auront-ils action sur les biens réservés ? Il est bien difficile de contester que le mari, en voulant se créer des ressources, a agi dans l'intérêt commun. — Le rapporteur a dit à la Chambre : « On ne considérera pas comme contractées dans l'intérêt du ménage les dettes de *cercle* ou de *cabaret*. » Cela va de soi, mais cela est loin de résoudre la difficulté.

CHAPITRE VII

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ

§ 1. *Ses modes de dissolution.*

****1144. Énumération et classification.** — On n'en trouve dans la loi qu'une énumération incomplète (art. 1441). Les causes de dissolution de la communauté peuvent se diviser en *deux groupes*.

Dissolution par voie de conséquence. — La communauté peut se trouver dissoute *parce que le mariage lui-même est dissous* : il n'y a plus de *communauté* parce qu'il n'y a plus d'*époux*. Les causes qui forment ce premier groupe sont au nombre de trois :

1° la *mort de l'un des époux* ;

2° le *divorce* ;

3° l'*annulation du mariage*.

Anciennement il y en avait une quatrième, la *mort civile*, qui a été abolie par les lois du 8 juin 1850 et du 31 mars 1854.

Dissolution par voie principale. — Dans certains cas, la communauté se dissout par une cause qui lui est propre et bien que le mariage existe encore. En ce cas la communauté seule est dissoute et les deux époux se trouvent soumis à un autre régime. Les causes de ce deuxième groupe sont également au nombre de trois :

1° la *séparation de biens* ;

2° la *séparation de corps* ;

3° l'*absence*.

A. — Mort de l'un des époux.

1145. Division. — La mort de l'un des époux est la cause la plus fréquente de dissolution pour les communautés conjugales. Deux points seulement sont à considérer, comme spéciaux à cette hypothèse :

1° l'obligation imposée au survivant de *faire inventaire* (art. 1442) ;

2° les *droits accordés à la veuve* (art. 1461 et 1491).

1° Obligation de faire inventaire.

***1146. Motif.** — La nécessité de faire inventaire se justifie, non seulement parce que cet inventaire sera fort utile pour liquider et partager la communauté, dont il aidera à connaître la consistance ; mais aussi et surtout parce qu'il importe d'éviter des *fraudes au détriment des enfants* :

l'époux survivant qui connaît l'état des affaires de la communauté et qui est en possession de ses titres et de ses valeurs est à même de commettre, le plus facilement du monde, des divertissements ou recélés considérables.

* **1147. Délai.** — Dans le silence de la loi, on applique souvent par analogie des délais de trois mois et quarante jours établis dans d'autres hypothèses par différents textes (art. 794, 795, 1456, 1465). Cette disposition peut, en effet, être considérée comme sous-entendue, car un inventaire fait trop longtemps après le décès du prémourant n'offrirait plus de garanties sérieuses (Rennes, 5 févr. 1894, D. 94. 2. 400, S. 95. 2. 76). Cependant il n'est pas rare de voir les tribunaux accepter comme suffisant un inventaire terminé après l'expiration des délais légaux, quand le retard s'explique par de bonnes raisons et que la bonne foi de l'époux survivant ne peut être mise en doute (Bordeaux, 17 mars 1875, D. 77. 2. 207 ; Pau, 28 mars 1887, D. 88. 2. 117, S. 87. 2. 166). Au cas de mauvaise foi prouvée ou d'obstination injustifiée, on applique au contraire les sanctions établies par l'art. 1442 (Paris, 30 janv. 1900, P. 1901. 2. 41).

1148. Ancienne sanction. — Jadis le défaut d'inventaire entraînait *continuation de la communauté* (coutume de Paris, art. 240-241). Les enfants *mineurs* de l'époux prédécédé pouvaient demander que la communauté fût partagée comme si elle avait duré jusqu'au jour de leur demande en partage, qui pouvait parfois se produire très tardivement ; il en résultait que la communauté était réputée continuer, au profit des enfants, plus ou moins longtemps après la dissolution du mariage, et que les acquisitions postérieures du survivant se partageaient au lieu de lui rester propres (voyez POTHIER, *Communauté*, nos 769 à 966) [1]. Cette pratique était une source de complications et de procès, surtout lorsque le conjoint demeuré veuf se remariait : on voyait alors s'établir une *communauté tripartite*, dans laquelle le nouvel époux entrait comme un troisième ayant droit, tandis que les enfants représentaient l'époux décédé (POTHIER, *ibid.*, no 907). On a voulu tarir la source de ces difficultés, et on a remplacé l'ancienne sanction par d'autres.

* **1149. Sanctions actuelles.** — Actuellement l'obligation de faire inventaire est sanctionnée d'une *triple manière*.

ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE. — A défaut d'inventaire, les intéressés, quels qu'ils soient, pourront prouver la consistance de la communauté par tous les moyens, non seulement par titres ou par témoins, mais même par commune renommée. Cette preuve exceptionnelle, toujours très dangereuse pour la personne contre laquelle elle est fournie (t. I, no 2863, en note), n'est jamais admise par la loi qu'*à titre de peine* contre une personne en faute, qui a négligé de faire établir une preuve régulière qui aurait profité à tout le monde ; son emploi risque de faire prononcer contre cette personne une condamnation exagérée.

[1] Il existe en Allemagne une continuation de communauté analogue (C. civ. allemand, art. 1483 à 1518).

Cette première sanction est instituée *d'une manière générale*; les deux autres *ne profitent qu'aux enfants mineurs issus du mariage.*

Perte de la jouissance légale. — L'époux survivant est privé du droit de jouissance que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans. La déchéance s'étend même aux biens que les enfants peuvent posséder d'une autre source et n'est pas restreinte à la part qu'ils prennent dans la succession du prédécédé et dans la communauté. L'art. 1442, al. 2, s'exprime en termes absolus. Cette sanction a lieu de plein droit ; il n'est pas nécessaire de faire prononcer la déchéance par la justice, et c'est au contraire l'époux survivant, s'il veut conserver son droit de jouissance, qui doit prouver l'absence de faute de sa part.

Responsabilité solidaire du subrogé tuteur. — L'époux survivant devient de plein droit le tuteur des enfants mineurs, et la loi suppose qu'on lui donne un subrogé tuteur. Elle déclare celui-ci solidairement responsable avec le tuteur de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs (art. 1442, *in fine*). C'est un cas de solidarité légale ; il se justifie parce que l'une des fonctions du subrogé tuteur est justement de surveiller le tuteur et d'exiger de lui le strict accomplissement de ses obligations (t. I, n° 2386). On espère par son intermédiaire forcer le tuteur à dresser l'inventaire.

1150. Dispense d'inventaire admise en jurisprudence. — Toutes ces sanctions supposent que l'inventaire pouvait être utile. Elles seraient incapables, s'il était avéré que la communauté était absolument mauvaise et que les enfants n'avaient rien à en retirer (Paris, 24 févr. 1893, D. 93. 2. 465, D. 94. 2. 199 ; Caen, 14 nov. 1894, S. 95. 2. 230).

2° Des droits de la veuve.

1151. Faveur faite à la veuve. — En cas de mort du mari, la loi permet à la veuve de prendre, *aux frais de la communauté*, son logement et sa nourriture pendant les trois mois et 40 jours qu'on lui laisse pour délibérer (art. 1465).

1152. Aliments. — Ces aliments sont accordés *à la veuve et à ses domestiques*, mais non aux enfants, lesquels sont héritiers du père et doivent vivre avec les ressources que leur procure la succession. Ils se déterminent, d'après la jurisprudence, *eu égard à la condition sociale du mari* (Cass., 15 déc. 1873, D. 74. 1. 113). Ils sont dus jusqu'à la fin des délais, même si la femme a pris parti auparavant : la loi les lui accorde en effet, non pas jusqu'à son option seulement, mais « pendant la durée des délais ». On peut remarquer que les aliments sont dus *par la communauté*, d'après l'art. 1465, tandis que le *deuil* de la veuve lui est dû *par la succession du mari* (art. 1481).

En fait, la plupart du temps, la veuve vit, comme le dit l'art. 1465, sur les provisions existantes ou avec les revenus de la masse, sans qu'il y ait de pension fixée. La loi lui recommande seulement « d'en user modérément ».

1153. Logement. — D'après l'art. 1465, al. 2, la femme « ne doit aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendant de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribue point, pendant les mêmes délais, au paiement du loyer, qui est pris sur la masse ». C'est une mesure de convenance et d'humanité ; on permet à la veuve de se servir, pendant quelques mois encore, de la maison commune.

Il y a un cas que la loi n'a pas prévu : c'est celui où le bail vient à cesser avant la fin des délais. La femme a droit alors à une indemnité pour son logement pendant ce qui reste à courir des délais.

1154. Caractère personnel des droits de la veuve. — Le double droit accordé à la veuve par l'art. 1465 lui est personnel et ne passe pas à ses héritiers (art. 1495, *in fine*).

B. — Divorce.

***1155. Division.** — Aboli en 1816, le divorce a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Quelques développements sont nécessaires pour déterminer le moment auquel se produit la dissolution de la communauté par l'effet du divorce. On sait que les effets du divorce ne se réalisent pas à un moment unique (voyez t. I, nos 1262 à 1264). Rappelons également que le divorce, qui était autrefois *prononcé* par l'officier de l'état civil, est aujourd'hui simplement *transcrit* par lui en exécution du jugement. Spécialement pour la dissolution de la communauté, il faut distinguer les *rapports des époux entre eux et leurs rapports avec les tiers.*

***1156. Dissolution à l'égard des époux.** — Dans l'art. 252 nouveau, remanié par la loi du 18 avril 1886, et qui est un texte des plus longs et des plus encombrés que nous ait donnés le législateur moderne, qui a tant abusé de ce procédé, on trouve un alinéa 5 ainsi conçu : « Le jugement dûment transcrit *remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande*[1]. »

Cette disposition très remarquable doit être bien comprise ; la rétroactivité ainsi attribuée au jugement de divorce n'est pas l'application du droit commun. Les jugements ordinaires paraissent rétroagir parce qu'ils sont *purement déclaratifs*, et non attributifs de droits. Mais le juge qui prononce un divorce ne se borne pas à constater le droit des parties ; il modifie leur situation ; il fait un *acte d'autorité* qui *crée un état nouveau* (comp. t. I, n° 448). La dissolution du mariage ne se produit qu'en vertu de la sentence du juge, et même un peu plus tard, *au moment de la transcription*, qui a remplacé l'ancien prononcé du divorce par l'officier de l'état civil ; c'est toujours cet acte de l'état civil qui constitue le divorce. Alors pourquoi cette rétroactivité extraordinaire, en vertu de laquelle un état de choses, créé par le divorce, va être réputé avoir existé avant lui ? Cette disposition, qui est de droit nouveau, est apparue très tard dans la préparation de la loi de 1886 : elle y a été introduite le 24 décembre 1885, et le vote final de la loi est du 18 avril suivant. On a voulu imiter dans l'hypothèse du divorce un système déjà suivi par la jurisprudence en matière de séparation de

[1] D'une manière plus précise, ce jour est celui où l'ordonnance du président, citant les époux à comparaître en conciliation devant lui, a été notifiée à l'époux défendeur (Bordeaux, 16 avril 1896, D. 99. 2. 335; Paris, 7 et 8 janv. 1914, D. 1914. 2. 137). Mais voyez Caen, 28 avril 1913, D. 1914. 2. 137.

corps : les tribunaux attribuent à cette séparation une certaine rétroactivité, qui ne produit ses effets qu'à l'égard des époux, et n'est pas opposable aux tiers à cause du défaut de publicité des demandes en séparation de corps (voyez ci-dessous, n° 1205). Au lieu de consacrer cette jurisprudence en l'étendant à un cas nouveau, il eût mieux valu la condamner, car elle est absolument contraire aux principes et aux textes.

*__1157. Dissolution à l'égard des tiers.__ — A l'égard des tiers, il était impossible d'attribuer à la dissolution de la communauté un effet rétroactif, parce que la demande en divorce n'est pas portée à la connaissance du public par voie d'affiches ou d'insertions ; c'est seulement le jugement qui est publié. La communauté n'est donc réputée dissoute à l'égard des tiers qu'au moment où le mariage l'est lui-même, et le mari conserve tous ses pouvoirs sur les biens communs, depuis la demande jusqu'à la réalisation du divorce ; les actes qu'il fait dans cet intervalle sont valables et opposables à la femme. Celle-ci n'a d'autre resssource que l'art. 243 nouveau (271 ancien), qui lui permet de les faire annuler en cas de fraude. Sur ce texte, qui n'est que l'application d'un principe général, voyez ci-dessus, n° 1022.

1157 *bis*. Motifs de la loi. — M. Labiche a clairement expliqué au Sénat ce qu'on a voulu faire : on s'est proposé « d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision du juge sera définitive ». Ils auraient pu le faire en bien des cas, par exemple lorsque l'un deux est à la veille de recueillir la succession mobilière d'un parent dont la mort est attendue d'un moment à l'autre. A ce premier motif, le rapporteur du Sénat en ajoutait un autre : on voulait « priver le mari des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance ». Ce second motif est moins fort que le premier, car la femme est suffisamment protégée par l'art. 243, qui réprime les fraudes commises par le mari contre elle.

En rendant la dissolution rétroactive, l'art. 252 dispense la femme de prouver la fraude pour faire tomber l'acte ; néanmoins l'art. 243 conserve toujours un avantage, car en cas de fraude, l'acte est annulé même à l'égard des tiers, tandis que la rétroactivité ne leur est pas opposable.

1158. Mauvaise rédaction de l'art. 252. — Pour indiquer l'effet rétroactif très restreint qu'on a ainsi attribué au divorce, la loi s'est exprimée d'une manière vicieuse : elle dit, en termes vagues, que les effets du jugement remontent au jour de la demande. Ces mots semblent attribuer au jugement une rétroactivité absolue, quant à ses effets entre époux [1]. Cela n'est point vrai de *tous ses effets*, mais seulement de l'effet spécial qu'il produit sur la communauté en la dissolvant : le mariage n'est pas réputé, même à l'égard des époux, se dissoudre rétroactivement ; la rétroactivité n'a lieu que pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Par conséquent, la femme reste incapable de contracter sans autorisation pendant l'instance.

C. — Annulation du mariage.

*__1159. Difficulté.__ — Il y a quelque difficulté à comprendre comment

[1] On n'a pas manqué de lui attribuer ce sens dans la pratique (voyez le rapport de M. le conseiller Denis, D. 94. 1. 67-68) ; la Cour de cassation a fait justice de cette prétention (18 avril 1893, D. 94. 1. 67, S. 94. 1. 5).

l'annulation d'un mariage peut être une cause de dissolution de la communauté : quand le mariage est annulé, il est *anéanti même dans le passé* ; c'est comme si les deux époux ne s'étaient pas mariés, et il n'y a jamais eu de communauté entre eux. On réglera leurs intérêts comme s'il y avait eu une simple confusion de fait. Une communauté ne peut se dissoudre qu'à la condition d'avoir *existé* et *duré*. Néanmoins le jugement qui annule un mariage peut réellement mettre fin à une communauté. Cela a lieu lorsque le mariage annulé vaut pour le passé à titre de *mariage putatif*. Il est alors comparable à un mariage dissous par le divorce.

D. — Séparation de biens.

****1160. Définition.** — La séparation de biens est une *mesure de protection pour la femme,* destinée à la soustraire aux dangers que lui font courir les droits de toute nature attribués au mari sur sa fortune par le régime de communauté. Elle *résulte d'un jugement*, rendu *sur la demande de la femme* (art. 1443), et qui met fin à ce régime *en séparant complètement les intérêts pécuniaires des époux.*

1161. Origine historique. — L'institution de la séparation de biens remonte au droit romain. Le mari, propriétaire de la dot, et tenu de la restituer un jour à la femme ou au constituant, pouvait en compromettre la restitution : la femme avait à craindre de ne pas trouver dans les biens du mari, le jour venu, des valeurs suffisantes pour lui assurer la reprise intégrale de la dot. On permit donc à la femme de réclamer, même pendant le mariage, la *restitution anticipée de sa dot* « propter inopiam mariti » (*Dig.*, liv. XXIV, tit. 3, fr. 24 ; *Code*, liv. V, tit. 12, loi 29 ; Nov. 97, chap. VI).

C'est de ce précédent historique qu'est dérivée la séparation de biens. On l'avait admise dans notre ancien droit pour les mêmes causes qui, en droit romain, donnaient lieu à la restitution anticipée de la dot. C'est la loi 24, *Soluto matrimonio*, que commente Pothier quand il veut étudier ces causes (*Communauté*, n° 510). Elle fut d'abord connue et pratiquée devant les officialités Exemple du XIVe siècle cité par ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 31, d'après VARIN, *Archives législatives de Reims*, n° XCIV, p. 98. Mais au XIIIe siècle, BEAUMANOIR en ignore complètement l'existence (n° 622). Voyez le passage rapporté ci-dessus, n° 1018, en note.

1° Qui peut demander la séparation.

****1162. Droit de la femme.** — *La femme seule* peut demander la séparation de biens ; son mari ne le peut pas (art. 1443). C'est une protection accordée à la femme contre le mari ; de la part du mari, la demande serait sans motif.

Cependant le mari a un *moyen indirect* de se séparer de biens : c'est de demander la séparation de corps, qui entraîne comme conséquence la séparation de biens, mais celle-ci ne forme plus l'objet direct et principal de la demande.

1163. Droit des héritiers de la femme. — Les héritiers de la femme ne pourraient certainement pas intenter eux-mêmes l'action, qui n'a plus

d'utilité à un moment où la communauté est déjà dissoute par la mort de la femme. Ne leur est-il pas du moins permis de *la continuer*, quand elle a déjà été exercée par la femme et que celle-ci est morte au cours de l'instance ? La femme avait un droit acquis à ce que la communauté fût dissoute et ses intérêts liquidés dans l'état où il se trouvaient au jour de la demande. Il semble donc que ses héritiers devraient succéder à son action et que les lenteurs de la justice ne devraient pas leur nuire. Néanmoins la jurisprudence considère l'action comme éteinte par la mort de la femme (Bastia, 7 juill. 1869, D. 72. 2. 260.

2° Causes de séparation.

***1164. Distinction.** — Pour se rendre compte des causes qui peuvent justifier une séparation de biens, il faut distinguer deux choses :

1° *Le fait dangereux, qui est le mauvais état des affaires du mari* ;

2° *Le péril qui en résulte pour la femme*, dont les intérêts sont compromis.

Le second est la conséquence du premier, dont il est nécessairement distinct.

a. — *Sources du danger que court la femme.*

***1165. Rédaction insuffisante de la loi.** — L'art. 1443 s'exprime en termes vagues : « le désordre des affaires du mari. » Précisons ce que cache cette formule qui n'a pas de valeur particulière au point de vue juridique ; le désordre dont la loi parle peut être de plusieurs sortes.

****1166. Insolvabilité du mari.** — Quand le mari a plus de dettes que de biens, quand il est tombé en *faillite* ou en *déconfiture*, il n'est pas douteux que la séparation peut être prononcée. Il n'est pas nécessaire que son insolvabilité soit arrivée *par sa faute* ; ce peut être l'effet d'une *catastrophe financière ou commerciale*, qui ne lui est pas imputable, ou d'un concours de circonstances malheureuses qui déroutent les plus prudents. Mais il faut que cette insolvabilité soit *postérieure au mariage* : si les biens du mari étaient déjà insuffisants au moment où sa femme l'a épousé, cette insuffisance en se prolongeant ne serait pas une cause de séparation (Cass., 2 juill. 1851, D. 51. 1. 272, S. 51. 1. 509).

Il n'est pas nécessaire d'attendre que la ruine du mari soit consommée ; il suffit qu'elle soit commencée ou imminente [1] ; sinon, le remède arriverait trop tard.

***1167. Habitudes de gaspillage.** — Si le mari mange follement ses *revenus*, sans entamer son capital, il n'est pas *insolvable*, il est *dissipateur*,

[1] Comparez le texte rapporté par MM. Varin et Esmein : « contra maritum *vergentem ad inopiam* » (cité plus haut, n° 1161).

et cela suffit pour prononcer la séparation (Toulouse, 10 mai 1881, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 109, note 2, S. 84. 2. 184).

1168. Mise des biens sous séquestre. — La mise sous séquestre des biens du mari, en cas de contumace, a pour la femme le même effet que les habitudes de dissipation : elle la prive de ses revenus et la réduit aux secours que l'administration veut bien lui accorder.

***1169. Interdiction du mari.** — L'interdiction (légale ou judiciaire) du mari est-elle une cause de séparation ? Quelques auteurs l'admettent, et c'était anciennement l'opinion de Renusson. L'interdiction dissout le mandat et la société. Il semble donc naturel qu'elle dissolve aussi cette espèce de société que forme la communauté conjugale et qu'elle mette fin à la gestion du mari, d'autant plus qu'elle a pour effet de remettre la direction de la communauté au tuteur du mari. Il y a en ce sens un jugement du tribunal de la Seine (S. 68. 2. 129). — Cependant cette opinion doit être rejetée : l'interdiction du mari ne crée *aucun péril* pour la femme pouvant motiver la séparation ; loin de là : c'est une mesure de protection qui rend moindres les dangers à courir (Paris, 18 mars 1870, D. 70. 2. 102, S. 70. 2. 146 ; Amiens, 18 août 1882, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 112, note 1, S. 82. 2. 222).

Si la mauvaise administration du tuteur compromet les intérêts de la femme, celle-ci peut provoquer son remplacement, et au besoin se faire nommer elle-même tutrice.

1170. État de folie. — Si le mari est fou, il est possible qu'il en résulte des dangers pour les intérêts pécuniaires de la femme, mais le remède à cette situation est l'interdiction ou l'internement du mari, et non la séparation de biens, qui aurait l'inconvénient de créer contre le mari une situation dont il ne pourrait pas sortir à sa volonté en cas de guérison, tandis que la mainlevée de son interdiction, s'il y a lieu, sera prononcée sur sa demande par le tribunal.

b. — *Nature du danger.*

****1171. Formule de la loi.** — Le péril qui menace la femme et qui justifie la séparation est indiqué par l'art. 1443 de deux façons différentes : 1° la *dot est mise en péril* ; 2° il y *a lieu de craindre que les biens du mari ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme.*

La *dot* est le bien que la femme a apporté en mariage, soit qu'elle en ait personnellement conservé la propriété, soit qu'elle l'ait mis en communauté ; les *reprises* sont les actions qu'elle peut faire valoir contre son mari ou contre la communauté, quand elle a des indemnités à leur réclamer. La femme est donc protégée, à la fois comme *propriétaire* et comme *créancière*.

La formule employée par la loi n'est pas très heureuse, puisque les reprises de la femme ne sont au fond qu'une partie de sa dot. La seconde

phrase ne peut donc avoir que la valeur d'une explication incomplète de la première.

*1172. **Interprétation extensive du texte.** — On est d'accord pour entendre largement la disposition de l'art. 1443 et on le fait de deux façons différentes :

1° D'abord on n'exige pas que la dot ou les reprises de la femme soient *compromises en capital*; il suffit que les *revenus* soient détournés de leur destination légale, qui est l'entretien de la famille. Ainsi le gaspillage des revenus en folles dépenses (Toulouse, 10 mai 1884 précité), leur saisie par des créanciers du mari (Cass., 7 févr. 1894, D. 94. 1. 164, S. 94. 1. 269), ou leur séquestre par l'État, créent le péril dont parle la loi.

On assimilait jadis aux revenus des biens et valeurs que possèdent les époux les produits du travail de la femme, profits ou salaires, quand elle a un talent ou une industrie qui la fait vivre : si le mari gaspillait l'argent gagné par sa femme, la séparation pouvait avoir lieu (Paris, 2 juill. 1878, D. 79. 2. 107, S. 78. 2. 199) Cette application de la séparation de biens a disparu par l'effet de la loi du 13 juillet 1907 : la femme qui gagne de l'argent possède sur ses gains des droits plus étendus que ceux d'une femme séparée.

2° Alors même que la femme ne posséderait actuellement ni fortune, ni industrie, la séparation serait encore possible, pour sauver une succession mobilière qu'elle attend et qui tomberait en communauté : si on ne se hâtait de prononcer la séparation, le mari la gaspillerait comme il a fait de ses propres biens. Il suffit donc, selon une formule donnée par Marcadé, que, l'avoir *actuel* ou même *éventuel* de la femme soit en péril (Trib. de Genève, 5 mars 1879, S. 90. 4. 8).

3° Procédure de la séparation de biens.

*1173. **Nécessité d'un jugement.** — La séparation de biens ne peut pas être *volontaire* : faite à l'amiable elle est *nulle* (art. 1443, al. 2). Elle doit être *prononcée par jugement*. Le motif se trouve dans l'art. 1395 : c'est le principe de l'*immutabilité des conventions matrimoniales*. En effet, la séparation détruit le régime adopté par les époux, met fin à leur communauté et les soumet à un régime nouveau.

Toute la procédure de la séparation est entourée de précautions prises par la loi, et surtout de mesures de publicité, justifiées par la crainte des fraudes très nombreuses qui se commettaient jadis contre les créanciers du mari et que la loi actuelle a réussi, sinon à empêcher complètement, du moins à diminuer dans une large mesure.

1174. Forme de la demande. — Il n'y a pas de préliminaire de conciliation (art. 49 7° C. proc. civ.), parce qu'il ne peut pas y avoir d'arrangement sur le fond entre les époux. Ce n'est pas le mari qui autorise la femme à agir, ni le tribunal, c'est le président du tribunal. La femme lui adresse une requête (art. 865 C. proc. civ.) et celui-ci peut lui faire les observations qu'il juge convenables. Le tribunal compétent est celui du domicile du mari.

1175. Publicité de la demande. — La demande en séparation doit être rendue publique (art. 866-868 C. proc. civ.). Cette publicité est requise dans l'intérêt des tiers : 1° les créanciers du mari ont besoin d'être avertis

pour intervenir dans l'instance comme il en ont le droit (ci-dessous, n° 1197); 2° le jugement remontant quant à ses effets au jour de la demande (art. 1445), le mari ne peut plus, à partir de ce jour, conférer des droits à des tiers sur la communauté, soit comme acquéreurs de droits réels, soit comme créanciers, si ce n'est pour les besoins de son administration.

La sanction de cette prescription est la nullité de la séparation, qui pourrait être opposée à la femme, par le mari ou ses créanciers (art. 869 C. proc. civ.).

1176. Délai d'un mois. — Le même art. 869 porte qu'il ne pourra être prononcé aucun jugement qu'un mois après l'observation de ces formalités. Ce délai, établi lui aussi sous peine de nullité, est nécessaire pour donner aux créanciers le temps d'examiner si la demande est sérieuse et s'il est de leur intérêt d'intervenir.

***1177. Preuve.** — On déroge en cette matière sur un point aux règles ordinaires : *l'aveu du mari ne fait pas preuve* (art. 870 C. proc. civ.). La séparation ne pouvant pas être volontaire, il fallait éviter une entente entre les époux devant le tribunal, ce qui leur aurait été facile si l'on s'était contenté de leurs déclarations.

1178. Publicité du jugement. — Toute séparation de biens doit être rendue publique avant son exécution (art. 1445-1°). Cette seconde publicité, distincte de celle de la demande, est nécessaire pour annoncer aux tiers que la femme a recouvré la capacité d'administrer ses biens et que les pouvoirs du mari ont pris fin. Pour ses formes voyez art. 872 C. proc. civ. et 1445-1°.

***1179. Délai d'exécution du jugement.** — D'après l'art. 1444, le jugement doit être exécuté *dans la quinzaine à compter de sa date*, sous peine de nullité. Ceci déroge gravement au droit commun qui donne trente ans pour exécuter les jugements contradictoires. C'est que le législateur redoute les séparations simulées et frauduleuses. Si la femme a réellement intérêt à se séparer, qu'elle le fasse au plus vite, pour éviter la dissipation complète de la communauté et des biens du mari. Sinon, c'est que la séparation n'est pas sérieuse et qu'elle est destinée à tromper les tiers, auxquels on opposerait plus tard le jugement de séparation, après leur avoir laissé croire que la communauté existe toujours.

Ici se présente une petite difficulté. Le Code civil exige l'exécution dans la quinzaine, le Code de procédure (art. 174) donne à la femme trois mois et quarante jours pour prendre parti sur la communauté. Pour concilier ces deux textes, on admet que la femme doit faire dans la quinzaine les actes d'exécution qui n'entraînent pas acceptation de la communauté, par exemple la reprise de ses propres. Pour les autres, elle peut attendre l'expiration du temps qui lui est donné pour délibérer. Il suffit d'ailleurs que les poursuites soient *commencées* dans la quinzaine et *continuées ensuite sans interruption* (art. 1444 *in fine*); il serait le plus souvent impossible de les terminer dans un si court délai. — Les juges du fait apprécient souverainement l'existence d'une interruption dans les poursuites (Cass., 18 août 1884, D. 85. 1. 207, S. 88. 1. 23. Comp. Paris, 2 mars 1877, D. 77. 2. 91).

1180. Actes d'exécution. — La jurisprudence se montre même très large pour apprécier le commencement d'exécution qui empêche le jugement de devenir caduc. Ainsi il a été jugé que la simple signification du jugement pouvait être suffisante, bien que cette signification ne soit pas un acte d'exécution (Cass., 9 juill. 1829, Dalloz, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n° 1828; Gand, 27 nov. 1861, *Pasicrisie*, 1861. 2. 301). Cependant il serait prudent de ne pas s'en tenir là, car il y a des décisions contraires (Limoges, 11 juill. 1839, S. 40. 2. 17; Rouen, 31 janv. 1863, D. 63. 2. 75, S. 63. 2. 128). Mais la femme éviterait toute déchéance si elle avait fait suivre sa signification d'un commandement

de payer le montant des condamnations (Paris, 21 nov. 1893, D. 94. 2. 259 ; Alger, 2 avril 1904, D. 1906. 2. 385). La simple liquidation des reprises de la femme, même accompagnée de la promesse du mari de les payer le plus tôt possible, n'est pas un acte d'exécution (Bordeaux, 31 mars 1857, D. 57. 2. 113).

1181. Nécessité d'un acte authentique. — La loi veut que l'exécution du jugement, c'est-à-dire la liquidation de la communauté et l'exercice des actions en reprise de la femme, soit *sérieuse* et que les paiements qui lui sont faits soient *réels* (art. 1444). Le même texte exige en outre que ces opérations soient constatées *par acte authentique*. La loi n'exige pas un acte notarié ; une quittance donnée par l'huissier serait suffisante (Cass., 12 août 1847, D. 47. 1. 322, S. 48. 1. 56), mais non un acte sous seings privés, même enregistré (Bordeaux, 7 nov. 1877, S. 78. 2. 73).

1182. Nullité pour exécution tardive. — Quand la femme ne s'est pas conformée à la loi, *tout est nul*, non seulement le jugement, mais aussi la procédure qui l'a précédé et pour en obtenir un nouveau il faudrait recommencer l'instance et la double publicité qui l'accompagne (art. 1444). Cette nullité, bien qu'établie dans l'intérêt du mari et de ses créanciers, peut être également proposée par la femme, bien qu'elle ait pour cause sa propre négligence (Cass., 28 déc. 1858, D. 59. 1. 108, S. 59. 1. 513). On la considère comme d'ordre public (Paris, 24 févr. 1855, D. 56. 2. 247, S. 55. 2. 433). Cependant les arrêts admettent que chacun des intéressés, et notamment la femme, peut renoncer au droit d'opposer cette nullité par une ratification expresse ou tacite (Paris, 21 nov. 1893, D. 94. 2. 259). Voyez aussi Limoges, 25 févr. 1845, D. 47. 2. 39, qui a refusé au mari le droit d'opposer cette nullité en la considérant comme établie uniquement dans l'intérêt des créanciers.

4° Effets de la séparation des biens.

****1183. Double effet de la séparation.** – Le but de la séparation de biens est d'enlever au mari tout moyen de compromettre la fortune de sa femme en capital ou d'en gaspiller les revenus. Donc, son principal effet doit être de *détruire le régime primitif* des époux, d'où naissait ce péril, et de *le remplacer par un autre* sous lequel le mari ne possède plus aucun droit sur la fortune de sa femme, c'est-à-dire par le régime de séparation.

Même depuis 1907, la femme qui exerce un commerce séparé a encore intérêt à demander la séparation de biens qui la protège d'une façon plus complète (Douai, 13 mars 1912, P. et S. 1913. 2. 10).

1184. Renvoi. — Nous nous occuperons plus loin de l'état nouveau créé par le jugement, en étudiant le régime de la séparation de biens (voyez ci-dessous, n°s 1426 à 1462). Pour le moment nous n'avons à envisager qu'un seul des effets de la séparation : la destruction du régime antérieur.

***1185. Dissolution de la communauté.** — Le premier effet de la séparation est de dissoudre la communauté, lorsqu'il en existe une. La communauté est dissoute bien que le mariage continue, et sa dissolution ouvre au profit de la femme le droit d'option qui lui appartiendrait si le mariage lui-même avait pris fin : elle pourra donc l'accepter ou y renoncer. Le plus souvent la femme qui a obtenu la séparation renonce à la communauté parce que son mari est ruiné et la communauté chargée de dettes[1].

[1] Pour le cas spécial où il existe un *office* personnel au mari, mais dont la *finance* est tombée en communauté, voyez Aix, 10 mai 1906, D. 1908. 2. 61.

La femme peut exercer tous ses droits, sauf les deux restrictions suivantes :

1° Si son mari est tombé en faillite elle subit l'application des art. 557 et suiv. C. com., qui restreignent les droits de la femme du failli.

2° Ses *gains de survie* ne peuvent pas être réclamés encore parce qu'ils sont subordonnés au prédécès du mari. Le règlement en est donc ajourné jusqu'au jour où la condition de survie sera réalisée pour la femme ou défaillie par son propre décès (art. 1452).

***1186. Perte des droits du mari sur les biens propres de sa femme.** — Il ne suffirait pas de détruire la communauté ; le mari perd en outre le double droit d'administration et de jouissance qu'il avait sur la fortune personnelle de sa femme, et celle-ci acquiert l'administration de ses biens et la jouissance de ses revenus. Mais le mari garde tous les autres droits qu'il tient du mariage et notamment la puissance maritale.

***1187. Rétroactivité de la séparation.** — Ce double effet (dissolution de la communauté et perte des droits du mari) se produit rétroactivement *à compter du jour de la demande* (art. 1445, al. 2). Le jugement de séparation, étant créateur d'un état nouveau, ne rétroagirait pas si la loi ne l'avait pas dit. La loi le rend rétroactif dans l'intérêt de la femme pour éviter que sa ruine, déjà commencée, ne soit aggravée ou consommée, mais il fallait pour cela une disposition spéciale de la loi dérogeant expressément au droit commun [1]. C'est à cause de cette rétroactivité qu'il était nécessaire de rendre publique la demande formée par la femme (ci-dessus, n° 1175).

***1188. Conséquences de la rétroactivité.** — Ces conséquences sont faciles à apercevoir :

1° La communauté devra être *liquidée dans l'état où elle se trouvait au jour de la demande*. Toutes les acquisitions postérieures n'entreront pas en communauté et resteront propres à l'époux qui les aura faites, par exemple les successions mobilières échues à la femme.

2° La femme aura droit, à partir de la même époque, à la restitution des fruits et revenus de ses biens propres et de sa moitié dans la communauté si elle l'accepte, sauf à en déduire sa part contributoire dans les charges du mariage (Agen, 29 avril 1868, S. 68. 2. 129 ; Toulouse, 30 déc. 1891, D. 92. 2. 95).

3° A partir du même moment, tous les actes de disposition du mari sur les biens communs sont annulables. Aucun acte de disposition ou d'obligation ne peut être opposé à la femme, s'il a été fait par le mari depuis la demande en séparation : depuis lors il n'a pu obliger ou aliéner que sa propre part dans la communauté. Par suite, les saisies pratiquées par ses créan-

[1] La rétroactivité remonte seulement au jour de la demande et non au jour de la requête adressée au président par la femme ou de l'ordonnance rendue par celui-ci (Bordeaux, 23 nov. 1880, S. 81. 2. 76 ; trib. de Troyes, 10 août 1881, S. 81. 2. 220).

ciers depuis l'introduction de la demande tombent par l'effet du jugement, dont la rétroactivité est opposable aux tiers (Cass., 22 avril 1845, D. 45. 1. 267, S. 46. 1. 554. Comp. Besançon, 15 févr. 1864, D. 64. 2. 37, S. 64. 2. 131).

1189. Maintien de l'administration intérimaire au mari. — Des difficultés se sont élevées anciennement sur les actes d'administration faits par le mari durant l'instance. Provisoirement, cette administration reste au mari parce qu'il ne peut la perdre avant le jugement ; on s'est demandé si les actes passés par lui obligeaient la femme après la séparation. La loi ne s'en est pas occupée. Les cours de Riom et d'Angers avaient admis que ces actes, même faits sans fraude, tombaient par l'effet de la rétroactivité, à moins d'être absolument nécessaires (Dalloz, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n°s 1929-1930). Mais la jurisprudence s'est fixée en sens inverse (Rennes, 2 janv. 1808, S. 8. 2. 105 ; Poitiers, 21 mai 1823, Dalloz, *loc. cit.*, n° 1928. Comp. Paris, 18 juin 1855, D. 56. 2. 248, S. 56. 2. 169). La rétroactivité n'atteint donc pas le droit d'administration du mari, et il le faut bien pour que tout ne reste pas en suspens jusqu'à ce que la femme puisse légalement la reprendre. Cependant la femme pourrait attaquer ceux de ces actes d'administration intérimaire qui seraient faits en fraude de ses droits (Aubry et Rau, t. V, § 515, 5°), et même Laurent n'exige pas la fraude et se contente du simple préjudice (t. XXII, n° 348).

1190. Nullité des réglements anticipés. — C'est seulement par fiction et pour garantir la femme que la rétroactivité a été admise. En attendant le jugement la communauté n'est pas encore dissoute et la femme ne pourrait se faire payer d'avance ses reprises par son mari ; ces paiements ne libéreraient le mari que jusqu'à concurrence du profit que sa femme en aurait retiré (Grenoble, 28 août 1847, D. 48. 2. 137, S. 48. 2. 469). Par suite le mari ne pourrait pas, au cours de l'instance, céder à sa femme des biens à lui propres, pour se libérer conformément à l'art. 1595. Sa femme n'est encore que demanderesse et on ne saurait procéder à une exécution préventive et volontaire de la demande en séparation ; c'est à une femme déjà séparée que l'art. 1595 permet la vente d'un bien du mari (Cass., 2 juill. 1873, D. 73. 1. 464).

5° Droits des créanciers.

a. — *Créanciers de la femme.*

***1191. Refus de l'action en séparation.** — De droit commun, les créanciers peuvent exercer les actions de leur débiteur négligent (art. 1166), du moins celles qui ont un objet pécuniaire ; c'est la conséquence et la garantie du droit de gage général que la loi leur donne sur le patrimoine de leur débiteur (art. 2092). La demande en séparation ayant pour but de sauver la fortune de la femme, quand le mari se ruine, il semble que les créanciers de la femme devraient pouvoir demander la séparation de son chef en exerçant l'action qui lui appartient. Cependant la loi leur en refuse le droit (art. 1446).

Il y en a une raison particulière, la demande en séparation comporte pour l'opportunité de son exercice un élément moral, que les créanciers n'apprécieraient pas : la femme peut vouloir sacrifier sa fortune à l'honneur de son mari et à la paix du ménage ; les créanciers compromettraient trop facilement l'union de la famille s'ils pouvaient lui imposer la séparation, parce qu'ils ne verraient jamais que leur intérêt pécuniaire. Le droit d'agir

en séparation est donc un de ces droits *exclusivement attachés à la personne*, dont parle l'art. 1166.

*1192. **Ressource laissée aux créanciers.** — Cependant la loi ne laisse pas les créanciers de la femme sans défense. Dès que le mari tombe en déconfiture ou en faillite, elle leur permet d'*exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances* (art. 1446).

Venant après la disposition précédente qui refuse aux créanciers l'exercice de l'action en séparation, cette seconde disposition de l'art. 1446 a besoin d'être bien comprise. La loi la présente comme un correctif de la première : « néanmoins... » En effet la communauté n'est pas dissoute, puisqu'on suppose que la femme ne demande pas la séparation et puisque ses créanciers n'ont pas le droit de la demander. La loi permet simplement à ceux-ci de réclamer au mari ce qu'il peut devoir à sa femme et de se faire payer sur ces sommes. La portée de cette disposition est un peu obscure et il serait assez naturel d'y voir un simple rappel du principe écrit dans l'art. 1166. Mais en général on l'explique autrement : on admet l'existence d'une fiction, dont le législateur n'a pas dit un mot ni dans le texte, ni dans les travaux préparatoires ; bien que continuant entre les époux, la communauté est réputée dissoute à l'égard des créanciers. Dès lors ceux-ci peuvent exercer tous les droits que la femme posséderait s'il y avait dissolution réelle : 1° la *reprise des propres* ; 2° les actions en reprise ou *récompenses* qui peuvent être dues à la femme pour des causes diverses. On admet même que les créanciers de la femme peuvent réclamer le partage de la communauté, et se faire payer sur la moitié qui appartient à la femme.

1193. Conciliation des deux dispositions. — Ainsi entendue, la prohibition de l'al. 1er de l'art. 1446 perd presque toute sa portée, non pas toute cependant : il faut observer que la communauté continue entre les époux, puisqu'il n'y a pas réellement de séparation, et que le mari conserve ses droits sur la fortune propre de sa femme et sur ce qui pourra, à l'avenir, tomber de son chef dans la communauté.

1194. Rareté d'application. — En fait cette disposition compliquée de la loi reste à peu près sans application. Presque toujours, quand le mari est en faillite ou en déconfiture, la femme s'empresse de demander la séparation et les tribunaux la lui accordent sans difficulté. On a même proposé d'attacher de plein droit la séparation de biens à la faillite pour éviter des frais.

1195. Effet de l'exercice des droits de la femme par ses créanciers. — Quand les créanciers ont ainsi exercé les actions de la femme en cas d'abstention de sa part, le mari se trouve libéré d'autant pour le jour où se produira la dissolution réelle. Il a payé d'avance, à l'acquit de sa femme, tout ou partie de ses reprises en la libérant elle-même envers ses créanciers.

b. — *Créanciers du mari.*

****1196. Dangers et moyens de défense.** — C'est pour eux surtout que le danger est grand. Ils ont à craindre que la séparation ne soit prononcée en fraude de leurs droits, par exemple quand la femme a des revenus importants qui pourraient aider le mari à les désintéresser. Il se peut aussi que la femme fasse prononcer par surprise une séparation qui n'aurait pas de cause sérieuse. La loi leur donne un double moyen de défense : l'un, dont ils doivent se servir avant que la séparation soit prononcée, leur sert à l'empêcher; l'autre leur permet de la faire annuler quand elle a été prononcée en fraude de leurs droits. Le premier est le *droit d'intervention,* le second la *tierce opposition.*

***1197. Intervention dans l'instance.** — Les créanciers du mari ont le droit d'intervenir dans le procès pour sauvegarder leurs intérêts, soit en première instance, soit en appel (art. 1447). Ils peuvent, par exemple, discuter les motifs sur lesquels la femme fonde sa demande, et on les y invite par la publicité dont cette demande est entourée.

***1198. Tierce opposition.** — La tierce opposition est la forme que prend l'action Paulienne contre les jugements. Voyez t. II, n° 336. Les créanciers sont donc tenus d'établir la fraude concertée contre eux entre les époux.

Il existe en cette matière une règle exceptionnelle : la tierce opposition dont le délai ordinaire est de *trente ans,* n'est ouverte que pendant *un an* aux créanciers (art. 873 C. proc. civ.), à compter du jour où l'extrait du jugement de séparation a été affiché dans l'auditoire du tribunal conformément à l'art. 872 C. proc. civ. Cette abréviation considérable du délai a été établie pour éviter une incertitude trop prolongée sur la capacité de la femme. Elle s'applique du reste seulement au cas où c'est le jugement lui-même qu'attaquent les créanciers ; si leur action était dirigée contre la façon dont les reprises de la femme ont été liquidées ou réglées, en fraude de leurs droits, ils auraient trente ans pour agir parce qu'ils attaqueraient seulement le mode d'exécution du jugement lui-même.

6° Possibilité de rétablir la communauté.

***1199. Motif de la faculté laissée aux époux.** — La séparation de biens établie par jugement n'est pas pour les époux un régime définitif, c'est un remède employé en vue d'un danger dont la durée peut être passagère. Si les affaires du mari se rétablissent, la femme peut renoncer à la situation de faveur qui lui était faite, en s'entendant avec son mari, et les deux époux sont libres de restaurer leur régime primitif. Il y a donc là un cas tout à fait exceptionnel dans lequel deux époux jouissent du droit de

disposer de leur régime matrimonial pendant le mariage et peuvent à leur gré choisir entre la communauté et la séparation.

***1200. Formes de la convention.** — Le rétablissement du contrat de mariage se fait « d'un commun accord » (art. 1451). Ce n'est donc pas la volonté seule de la femme qui peut rétablir la communauté quand elle juge utile à ses intérêts de renoncer à la séparation : le jugement a créé une situation qui peut être avantageuse à son mari comme à elle-même et une convention est nécessaire pour en détruire l'effet.

Les formes de cette convention sont réglées par loi qui exige *l'authenticité* et la *publicité* de l'acte : l'acte doit être reçu par un notaire et en minute, et un extrait doit en être affiché dans la forme prescrite par l'art. 1445. Le supplément de publicité organisé par l'art. 872 C. proc. civ. n'est pas exigé ; c'est une lacune évidente, mais on ne peut pas suppléer au silence de la loi (Cass., 17 juin 1839, D. 39. 1. 224, S. 39. 1. 460).

***1201. Objet de la convention.** — L'objet de la convention qui fait cesser la séparation de biens ne peut être que le *rétablissement du régime matrimonial primitif des époux*. Il ne leur est pas permis d'en adopter un nouveau, par exemple d'abandonner la communauté pour se soumettre au régime dotal, ni même, en conservant leur régime, de modifier en quoi que ce soit leur contrat de mariage.

***1202. Sanction.** — Si une modification est introduite, la loi en prononce la nullité (art. 1451). Il faut éviter que les époux s'entendent pour obtenir une séparation à laquelle ils renonceraient ensuite, uniquement dans le but de modifier leur contrat de mariage, ce qui serait une violation de l'art. 1395.

Sur quoi porte la nullité ? L'art. 1451 dit : « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes... est nulle. » Il semble bien que la convention entière soit atteinte par cette disposition. Cependant on admet généralement que c'est seulement la partie modifiée qui est nulle et ainsi le mot « convention » doit s'entendre d'une simple clause. Si toutefois les parties avaient subordonné à cette modification le rétablissement de leur communauté, la clause prohibée par la loi entraînerait dans sa nullité leur convention entière.

***1203. Effet rétroactif de la convention.** — Quand le contrat de mariage est valablement rétabli il est censé n'avoir jamais cessé d'exister, la séparation de biens disparaît à son tour rétroactivement ; par conséquent la communauté sera considérée comme ayant continué sans interruption, particulièrement pour sa composition : elle comprendra donc tous les biens acquis pendant la durée de la séparation et qui auraient dû lui appartenir, par exemple, sous le régime légal les successions mobilières échues aux époux. On évite par là les séparations frauduleuses que les époux feraient prononcer, parce que l'un d'eux compte sur l'ouverture prochaine d'une

succession mobilière à son profit, pour rétablir ensuite leur contrat de mariage en laissant cette succession en propre à l'époux héritier.

Cette rétroactivité n'a lieu d'ailleurs qu'entre les époux et non à l'égard des tiers ; l'art. 1451, al. 3, réserve l'effet des actes faits par la femme en vertu de son droit d'administration pendant qu'elle était séparée : elle était alors capable de contracter certaines obligations ; ces obligations subsisteront, bien qu'elle soit redevenue incapable.

E. — Séparation de corps.

*** 1204. Existence d'une séparation de biens accessoire.** — La séparation de corps n'est pas, par elle-même et directement, une cause de dissolution de la communauté, car elle n'a d'autre but que de dispenser les époux de la vie commune (t. I, n° 1313). La communauté se trouve cependant dissoute parce que la séparation de corps entraîne comme conséquence la séparation de biens : il serait contradictoire et même dangereux de maintenir une communauté de biens entre deux personnes dont l'existence est maintenant séparée [1].

Cette séparation de biens, accessoire à la séparation de corps, diffère de la séparation de biens principale en ce qu'elle peut avoir pour cause une *demande du mari* aussi bien que de la femme, tandis que la femme seule peut demander la séparation principale. Mais naturellement cette seconde espèce de séparation ne peut pas être demandée par le mari d'une manière isolée : elle est l'accessoire de la séparation de corps, d'où elle résulte *de plein droit,* mais sans laquelle elle n'existerait pas.

1205. Sa rétroactivité. — Il n'y a aucune raison pour que la dissolution de la communauté, qui résulte d'une séparation de corps, se produise rétroactivement. Cela est évident quand c'est sur la demande du mari que la séparation est prononcée, la rétroactivité est même alors contraire aux intérêts de l'époux qui obtient gain de cause. Cela est vrai aussi quand c'est la femme qui a poursuivi la séparation ; elle a agi, non pas parce que son mari se ruinait, mais parce qu'il lui rendait la vie commune insupportable ; la situation de fortune du ménage peut être excellente. Que si les deux périls existent à la fois, la femme devrait former cumulativement une demande en séparation de corps et une demande en séparation de biens : à chaque danger convient son remède.

Cependant la jurisprudence admet depuis longtemps que la séparation de biens, accessoire à la séparation de corps, rétroagit au jour de la demande comme la séparation principale (Limoges, 17 juin 1835, D. 36. 2. 31, S. 36. 2. 61 ; Cass., 20 mars 1855, D. 55. 1. 329, S. 55. 1. 401 ; Paris, 12 juill. 1892, D. 93. 2. 509, S. 94. 2. 10). Cette jurisprudence a pour point de départ l'opinion de Merlin (*Répertoire*, v° Séparation de corps, § 4, n° 4) et de Toullier (t. II, n°s 705 et 776) qui appliquaient l'art. 1445 à toutes les séparations de biens parce que les termes en sont absolus. Il est pourtant visible que ce texte

[1] Afin de préserver la femme contre les fraudes que son mari pourrait commettre, les juges peuvent nommer un séquestre des biens de la communauté, après la séparation prononcée (Cass., 16 févr. 1903, S. 1903. 1. 176) ; mais ils n'ont pas la même faculté pendant l'instance à cause des pouvoirs que le mari possède sur les biens communs (Paris, 13 avril 1889, S. 91. 2. 27). Pour le cas de détournement des biens mis sous séquestre, voyez Cass., 5 janv. 1903, S. 1903. 1. 501.

ne s'occupe que de la séparation de biens principale, puisqu'il suppose que la séparation est 1° *demandée* par la femme et 2° *prononcée* par le jugement, double condition qui fait défaut dans l'hypothèse d'une séparation de corps. Cette solution a néanmoins été consacrée législativement par la loi du 16 avril 1886 qui l'a étendue au divorce (art. 252).

Toutefois comme cela a déjà été expliqué (ci-dessus, nos 1156 et 1157), on n'a pu admettre cette rétroactivité que dans les rapports des époux entre eux ; à l'égard des tiers le mari conserve tous ses pouvoirs et la communauté est réputée subsister jusqu'au jour du jugement, parce que la demande en séparation de corps n'est entourée d'aucune publicité destinée à en prévenir les tiers (Cass., 12 mai 1869, D. 69. 1. 270, S. 69. 1. 301 ; Lyon, 16 juill. 1881, D. 82. 2. 175, S. 82. 2. 237). Voyez cependant Paris, 27 déc. 1860, D. 61. 2. 25, S. 61. 2. 263.

1206. Rétablissement facultatif de la communauté. — On a déjà vu (t. I, nos 1344-1346) que les époux séparés de corps peuvent se réconcilier sans rétablir leur communauté. S'ils désirent reprendre non seulement la vie commune, mais leur régime matrimonial primitif, ils doivent se conformer aux dispositions de l'art. 1451 qui s'applique, d'après la disposition formelle de son alinéa 1er, aux époux séparés soit de corps et de biens, soit de biens seulement. Pour les conditions et formes à observer en vue du rétablissement de la communauté, voyez ci-dessus, nos 1200 et suiv.

F. — Absence.

1207. Pourquoi elle dissout la communauté. — L'absence, qui ne dissout pas le mariage, est cependant une cause de dissolution de la communauté. En effet, sauf dans les cas extrêmement rares où l'on acquiert plus tard la preuve positive du décès ou de la survie de l'absent, l'incertitude qui constitue l'absence se prolonge indéfiniment et comme on est obligé de procéder tôt ou tard au règlement des intérêts pécuniaires que la disparition de l'absent a laissés en souffrance, on ne peut choisir d'autre époque pour apprécier l'état de ses affaires que celle où il a disparu. La dissolution de la communauté se trouve ainsi englobée dans le règlement de sa succession et elle est réputée se produire *au jour de sa disparition*, parce qu'on ne peut lui assigner aucune autre date précise, qui serait nécessairement arbitraire.

1208. Option laissée au conjoint présent. — Lorsque l'on procède, au bout d'un certain nombre d'années, au règlement provisoire de la succession de l'absent comme s'il était mort, on liquide et on partage en même temps la communauté qui existait entre lui et son conjoint, dès qu'on arrive à l'envoi en possession provisoire (t. I, n° 693). Mais, comme cette liquidation atteint les intérêts du conjoint présent en même temps que ceux de l'absent et qu'on n'est pas sûr que l'absent soit mort, on permet à son conjoint, qui espère encore son retour, de demander *la continuation provisoire de la communauté*. Celui-ci a donc au début une option à exercer : il peut laisser prononcer l'envoi en possession provisoire et subir en conséquence la dissolution et le partage de la communauté, ou bien s'opposer à cet envoi en possession en optant pour la continuation de la communauté (art. 124).

Aucun délai ne lui est fixé pour son option : il semble cependant résulter du texte de l'art. 124 qu'il doit prendre parti avant que l'envoi provisoire ne soit ordonné puisque la loi ui permet d' « empêcher » cet envoi.

1° Continuation provisoire de la communauté.

1209. Effet général de l'option du conjoint. Quand l'époux présent se résout en ce sens, il empêche non seulement la dissolution de la communauté, mais même l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, tels que le retour aux mains du nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit. Le patrimoine de l'absent reste donc intact aux mains du conjoint qui en conserve la jouissance[1].

[1] L'art. 124 est une disposition exceptionnelle qui n'est écrite que pour la communauté et ne s'applique pas aux autres régimes, sans qu'on voie bien nettement la raison de cette différence.

1210. Nécessité d'un inventaire. — D'après l'art. 126, al. 1, l'époux présent qui désire maintenir la communauté est obligé de faire inventaire du mobilier et des titres, comme un envoyé en possession, en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix. La loi ne distingue pas entre le mari et la femme. On ne l'oblige pas à fournir caution.

1211. Administration de la communauté. — Pendant sa continuation provisoire, la communauté est nécessairement administrée par l'époux présent, aussi la loi dit-elle que cet époux en « *prend* ou *conserve* » l'administration. Le premier verbe s'applique au cas où c'est la femme qui est présente, le deuxième au cas où c'est le mari. Cette administration s'étend d'ailleurs *aux biens de l'absent* en même temps qu'aux biens de la communauté.

La loi ne donne aucun détail sur les caractères et la portée de cette administration. Il semble que le mari, quand c'est lui qui est présent, doive conserver tous les pouvoirs qu'il tient de la loi ou du contrat, puisqu'il y a alors simple « continuation » d'un état de choses antérieur ; tandis que la femme qui « prend » une administration qui ne lui appartenait pas auparavant ne peut être traitée que comme un envoyé en possession provisoire. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question, ce qui indique que les difficultés ne se présentent pas dans la pratique, probablement parce que l'époux présent préfère liquider tout de suite la communauté.

1212. Acquisition des fruits. — L'art. 127 donne au conjoint présent la même quantité de fruits que celle qui est attribuée aux envoyés en possession provisoire : l'absent de retour a le droit de se faire restituer le cinquième des revenus quand il reparaît dans les quinze premières années de sa disparition, le dixième seulement quand il reparaît après quinze ans passés. Enfin la totalité des revenus reste au conjoint administrateur légal quand l'absent reparaît après plus de trente ans. Cette disposition est souvent critiquée : le conjoint présent est dans une situation inverse de celle des héritiers : à mesure que le temps s'écoule, son droit devient plus douteux au lieu de s'affermir et il est peu logique de lui donner une part de fruits qui va en grossissant. Mais cette disposition de la loi n'a peut-être jamais reçu d'application dans la pratique.

1213. Option finale de la femme. — En optant pour la continuation de la communauté la femme conserve le droit d'y renoncer ensuite (art. 124, al. 2). Cela est fort juste : elle s'est opposée à une dissolution immédiate, mais n'a pas exercé le droit d'option qui lui est ouvert sur la communauté quand elle est dissoute, pour l'accepter ou la répudier. La femme d'un absent a donc à exercer deux options successives qui n'ont pas le même objet.

1214. Fin de la continuation de communauté. — Le régime établi par l'option de l'époux présent n'est que *provisoire*. Il prend fin nécessairement *quand on arrive à l'envoi en possession définitive* (t. I, n° 633), c'est-à-dire trente ans après la déclaration d'absence ou même plutôt dès qu'il y a cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (art. 129).

Il peut prendre fin plus tôt encore, soit par la *mort du conjoint présent*, soit par un *changement de volonté de sa part*, car lui est permis de renoncer à un régime établi exclusivement en sa faveur. Dans tous ces cas, la communauté est réputée s'être dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, elle devra être liquidée et partagée dans l'état où elle se trouvait à cette époque, parce que sa continuation provisoire n'a été qu'un régime d'attente qui ne pouvait servir qu'à retarder les effets normaux de l'absence et à maintenir les choses en l'état pour le cas où l'absent serait revenu.

En outre, la continuation provisoire de la communauté prend fin, comme le régime tout entier de l'absence, lorsqu'on acquiert la preuve positive, soit de l'*existence de l'absent*, soit de *son décès* : au premier cas, la communauté continue et rien n'est changé au droit commun ; au second cas, on la liquide et on la partage en l'état où elle était à la date du décès.

2° Dissolution immédiate de la communauté.

1215. Droits du conjoint présent. — Si le conjoint présent ne demande pas

continuation provisoire de la communauté, l'envoi en possession provisoire est prononcé, et la communauté est réputée dissoute. L'art. 124 permet alors au conjoint présent d'exercer *tous ses droits légaux et conventionnels*. Il peut donc réclamer tant *sa part de communauté* et le règlement de ses *reprises* que l'*usufruit* ou la *pension alimentaire* que lui accorde la loi du 9 mars 1891 en qualité de conjoint survivant. Ce sont ses droits « légaux » ; ses droits conventionnels sont représentés principalement par le *préciput* et par les *donations* que son conjoint a pu consentir à son profit par contrat de mariage ou par acte séparé.

Sur les biens qui lui sont ainsi attribués, l'époux n'a que les droits d'un envoyé en possession provisoire (art. 124 à 128 cbnés).

1216. Ses obligations. — L'art. 126 oblige les envoyés en possession provisoire (et l'époux en est un, quand il n'a pas opté pour la continuation de la communauté) à faire inventaire. Cette obligation lui est imposée comme à tout autre et c'est à tort qu'on en a quelquefois douté. En outre, l'art. 124 veut que l'époux donne caution « pour les choses susceptibles de restitution ». L'obligation de la personne qui cautionnera la femme sera donc plus étendue que s'il s'agissait de cautionner le mari.

§ 2. — *Option ouverte à la femme après la dissolution.*

A. — Généralités.

***1217. Caractère exceptionnel de cette option.** — Quand la communauté est dissoute, la femme a le droit d'y *renoncer*. En cela, elle est comparable à un héritier appelé à recueillir une succession, et qui peut la *répudier*. Sans doute, il y a entre les deux situations des différences considérables qui seront signalées en leur lieu, mais l'analogie est frappante et a de tout temps été remarquée.

Ce droit de renoncer, reconnu à la femme, est un droit exorbitant, contraire aux règles des sociétés ordinaires et du mandat. Il faut y voir une des faveurs accordées à la femme, pour compenser la situation subordonnée qui lui est faite dans le ménage. Aussi est-il dit expressément dans la loi que *la femme ne peut pas se dépouiller de cette faculté par son contrat de mariage* (art. 1453) ; on tient à lui assurer, même malgré elle, le profit de ce bénéfice légal. Pour la même raison, elle ne peut pas exercer son option par anticipation avant que le mariage soit dissous, car ce serait s'en priver pour le temps qui reste à courir.

1218. Origine. — Sous sa forme actuelle, la faculté de renoncer à la communauté n'est point une des règles primitives du régime. Mais il n'est pas impossible qu'elle se rattache, par des liens que nous ne connaissons pas, au temps très lointain où la femme n'avait sur les conquêts qu'une sorte de droit de succession. Quoi qu'il en soit, le droit de renoncer fut d'abord un privilège réservé aux femmes nobles et les auteurs du XIVe siècle en expliquent l'établissement par les ruines et les misères que les croisades valurent à la noblesse française, explication qui paraît imaginaire [1]. Le plus ancien exemple connu est de 1284 (*Les Olim*, t. II, p. 240).

[1] « Et la raison pourquoy privillege de renonciation leur fust donné, ce fut pour ce que le mestier des hommes nobles est d'aller es guerres et voiages d'oultre mer, et à ce se obligent et aucunefois y meurent, et leurs femmes ne pevent pas de legier estre acertenées de leurs obligations faictes à causes de leurs voyages, de leurs rençons et

A cette époque la renonciation se faisait sous une forme symbolique : la femme déposait sur le tombeau de son mari ses clefs, sa bourse et sa ceinture (Loysel, nos 112 et 132) [1].

Cette faveur fut *étendue aux femmes roturières* au xvie siècle. D'après Loysel, l'auteur de cette réforme fut Jean-Jacques de Mesme, d'abord lieutenant civil, puis premier président à Rouen, mort en 1569 (Loysel, no 113). Elle fut définitivement admise en 1580, lors de la réformation de la coutume de Paris (art. 237).

1219. Objet primitif de la renonciation. — Primitivement la renonciation portait simplement sur les meubles (*Les Olim, loc. cit.* — Comp. Guilhiermoz, *Bibl. de l'École des chartes*, t. XLIV, p. 494 ; Tardif, *Coutumier d'Artois*, tit. 34, no 3, p. 85). Mais d'assez bonne heure on ne considéra plus cette renonciation comme suffisante pour décharger la femme de la contribution aux dettes et il fallut qu'elle renonçât entièrement à la communauté, y compris les conquêts immobiliers. La réforme fut faite en Bretagne dès 1420, par une ordonnance du duc Jean V, art 24 (Planiol, *La très ancienne coutume de Bretagne*, p. 382). A Paris la tendance nouvelle ne triompha que dans la coutume de 1510 (art. 115 A. C.).

***1220. Transmission du droit d'option aux héritiers de la femme.** — Lorsque la communauté se dissout par la mort de la femme l'option qui lui était réservée appartient à ses *héritiers* ou *ayants cause* (art. 1453). Cette dernière expression désigne les successeurs universels de la femme autres que ses héritiers.

***1221. Sa divisibilité.** — Quand la femme est représentée par plusieurs héritiers ou successeurs, le droit d'option se divise entre eux. Chacun est libre de prendre le parti qui lui convient ; l'un peut donc accepter la communauté pendant que l'autre y renonce (art. 1475). Cette indépendance réciproque laissée aux héritiers constitue une différence remarquable avec la règle qui est établie pour l'option à exercer après l'ouverture d'une succession, quand le successible appelé à la recueillir meurt avant d'avoir pris parti : tous ceux qui lui succèdent sont obligés de prendre une seule et même décision (art. 781-782).

***1222. Délai pour délibérer et exception dilatoire.** — De la liberté d'option laissée à la femme, est dérivée une double conséquence :

1° La femme jouit d'un délai de *trois mois et quarante jours* pour délibérer sur le parti qu'elle doit prendre, et peut même obtenir de la justice une prorogation de ce délai ;

2° Pendant la durée des délais légaux ou judiciaires qui lui sont donnés, la femme jouit, comme l'héritier, d'une *exception dilatoire* qui lui sert à repousser l'action des créanciers (art. 174 C. prov. civ. ; art. 1459 et 1461).

Sur ces deux points les règles sont les mêmes que celles qu'on applique en matière de successions.

de leurs plegeries, qui sont pour leurs compaignies et aultrement. Et pour ce ont le privillege de renonciation » (J. d'Ableiges, *Grand coutumier*, II, 41). Comp. Johannes Galli, *Quæst.* 131.

[1] Comp. J. d'Ableiges : « Et ont d'usaige, si comme le corps est en terre mis, de gecter leurs bourses sur la fosse, et de non retourner à l'ostel où les meubles sont mais vont gesir aultre part, etc... » (*ibid.*).

B. — Formes de l'acceptation.

*1223. **Absence de formes obligatoires.** — L'acceptation peut se produire sous une forme quelconque ; elle peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est expresse quand la femme prend, dans un acte authentique ou privé, la qualité de commune en biens (art. 1455). Elle est tacite quand la femme fait un acte qui suppose chez elle la qualité de commune en biens, c'est-à-dire qu'elle n'aurait le droit de faire valablement qu'à la condition d'accepter la communauté. C'est ce que la loi appelle un *acte d'immixtion* (art. 1454). Voyez par exemple Cass., 13 avril 1899, D. 99. 1. 402, S. 99. 1. 439 ; Cass., 13 juill. 1899, D. 1900. 1. 195.

Quant aux actes de pure administration et aux actes conservatoires, ils n'entraînent pas acceptation tacite (art. 1454). Il est donc permis à la femme de faire certains actes urgents, qui ne peuvent que profiter à tous les intéressés, tels que des interruptions de prescription, des inscriptions d'hypothèques, des réparations indispensables aux immeubles, des ventes de denrées ou de meubles impossibles à garder, etc.

1224. Effet du recel. — Il y a recel ou divertissement lorsque la femme détourne un objet de communauté avec l'intention de se l'approprier [1]. *Le recel vaut acceptation tacite* (art 1460). On applique donc en matière de communauté une règle semblable à celle qui existe pour les successions (art. 792). Le recel n'existe qu'autant qu'il y a eu intention frauduleuse de s'approprier les objets détournés (Cass., 24 avril 1872, D. 72. 1. 449, S. 73. 1. 113), mais l'appréciation des faits constitutifs du recel donne souvent lieu à des difficultés (Cass., 22 déc. 1874, D. 75. 1. 125, S. 75. 1. 249 ; Cass., 19 févr. 1879. D. 79. 1. 222) [2].

Cet effet du recel ne peut se produire qu'autant qu'il est commis avant toute renonciation de la part de la femme ou de ses héritiers ; si le fait du recel était postérieur à la renonciation il deviendrait une soustraction frauduleuse passible des peines du vol.

Faudrait-il appliquer l'art. 1460 à une femme qui serait encore mineure ? La question est discutée parmi les auteurs (voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 770). Je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer, car le recel est un acte frauduleux et le mineur n'est pas restituable contre les obligations qui naissent de son délit (art. 1310). Peu importe donc la question de savoir si l'art. 1460 vise un cas d'*acceptation tacite* ou si c'est une *acceptation forcée*, imposée à titre de *peine*.

Le recel se commet généralement au moment de l'inventaire ; mais il peut aussi se faire à d'autres moments, par exemple, s'il n'est pas dressé d'inventaire, ou si la fraude a été préparée longtemps d'avance, notamment au moyen d'actes simulés (Paris, 26 mars 1862, S. 62. 2. 391 ; Cass., 27 nov. 1861, D. 62. 1. 74, S. 62. 1. 489). Comp. Cass., 8 juill. 1912, P. et S. 1913. 1. 308.

[1] La fréquence des recélés est malheureusement extrême, et tous les auteurs déplorent la cupidité des copartageants qui s'y livrent avec tant de facilité (Laurent, t. XXIII, n° 26 ; Guillouard, t. III, n° 1358).

[2] Le recel ne suppose pas nécessairement la *soustraction* ou le *détournement* des objets convoités. Si l'époux en est déjà détenteur en fait, son seul silence, quand il est intentionnel, suffit à consommer le délit, parce qu'il suffit à priver ses copartageants de la part qui aurait dû leur revenir (Trib. Versailles, 29 mars 1899, *Gazette du Palais*, 99. 2. 134). Sur les difficultés relatives au recel, voyez Cass., 6 juin 1894, S. 97. 1. 124 ; Cass., 12 avril 1897, D. 97. 1. 215, S. 97. 1. 328 ; Cass., 8 févr. 1898, D. 99. 1. 153, S. 98. 1. 341.

C. — Formes de la renonciation.

* **1225. Solennité de l'acte.** — A la différence de l'acceptation, la renonciation à la communauté est un acte solennel qui doit se faire d'une manière déterminée ; elle ressemble dans ses formes à la renonciation d'un héritier, et se fait au moyen d'une *déclaration au greffe* du tribunal civil, transcrite sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession (art. 1457). Il n'y a donc pas de renonciation tacite.

Toutefois on admet que cette solennité n'est exigée que *dans l'intérêt des tiers* et qu'une manifestation de volonté sous une forme quelconque suffit pour produire les effets de la renonciation *dans les rapports des époux entre eux* (Cass., 4 mars 1856, D. 56. 1. 131, S. 56. 1. 872). Mais il est nécessaire qu'il y ait eu à ce sujet une *convention* entre les époux, car la femme ne serait pas liée par une déclaration unilatérale, même reçue par un notaire, et pourrait la rétracter tant que cette déclaration n'aurait pas été acceptée par le mari ou ses représentants (Cass., 1er avril 1895, D. 95. 1. 342).

D. — Délais donnés pour l'option.

1226. Distinction. — Pour se rendre compte du temps donné à la femme pour opter dans un sens ou dans l'autre, il faut distinguer deux ordres de situations. Dans les hypothèses normales, le mariage se dissout par la mort, sans que rien soit venu troubler les relations des deux époux. Dans les autres hypothèses, où la dissolution se produit de leur vivant, la loi ou la jurisprudence ont adopté des règles à part.

1° Prédécès du mari.

1227. Fixation d'un délai pour la renonciation. — La femme n'est pas du tout dans la situation d'un héritier ; ce n'est pas un patrimoine *nouveau* qui s'offre à elle : la communauté est son bien déjà depuis longtemps, depuis qu'elle existe ; elle en est *copropriétaire* avec son mari et elle est débitrice en partie de ses dettes. On comprend donc que la loi, en lui donnant cette faculté exceptionnelle de renoncer, l'ait faite *fragile* ; c'est en quelque sorte une porte de sortie qu'on ouvre à la femme ; il faut qu'elle en profite rapidement si elle veut le faire.

Jadis les coutumes variaient beaucoup sur le temps pendant lequel la femme devait être admise à renoncer ; la plupart voulaient qu'elle le fît, soit immédiatement, soit dans un délai très bref ; quelques-unes (et parmi elles la coutume de Paris) permettaient au contraire à la femme de renoncer à une époque quelconque, pourvu que les choses fussent encore entières, c'est-à-dire qu'elle n'eût accepté ni expressément ni tacitement (Pothier, *Communauté*, nos 553 et 554). Le Code civil a adopté un système mixte : il a en principe enfermé le droit de renoncer dans un délai assez bref, tout en donnant à la femme un moyen d'en prolonger considérablement la durée.

Sur la possibilité d'une prorogation judiciaire, voyez l'art. 1458.

1228. Système du Code. — En principe, la faculté de renoncer n'est ouverte à la femme que *pendant les délais légaux et judiciaires* qui lui sont donnés. Si elle veut *conserver la faculté de renoncer* après l'expiration de ces délais, elle doit prendre la précaution de faire *dresser un inventaire* pendant qu'ils courent encore (art. 1456) ; faute d'inventaire fait en temps utile, elle serait déchue de cette faculté et *définitivement commune* (art. 1459). Si l'inventaire a été fait comme le veut la loi, la possibilité de renoncer est maintenue à la femme pendant trente ans, conformément au droit commun (art. 2262).

Si trente ans se passent sans qu'elle ait pris parti, elle est *considérée comme acceptante* ; car elle est commune en biens par son contrat ou par la loi et il faut qu'elle renonce pour cesser d'être commune. Son silence vaut donc acceptation.

1229. Inutilité de l'inventaire pour les renonciations immédiates. — Du reste, la nécessité de faire inventaire dans les délais n'est imposée à la femme qu'autant qu'elle veut se réserver la liberté de son option pendant un temps plus long. Si son opinion est déjà faite et qu'elle soit décidée à renoncer, dès le moment de la dissolution, parce que la communauté est évidemment mauvaise, l'inventaire n'est pas nécessaire. Il a toujours été admis que la femme qui veut renoncer peut le faire immédiatement sans formalité préalable (POTHIER, *Communauté*, nos 552 556) et la comparaison des art. 1457 et 1459 prouve que le Code n'a rien changé à cet égard. C'est la solution qui a triomphé en jurisprudence (Pau, 1er août 1894, D. 95. 2. 84, S 94. 2. 261).

2° Prédécès de la femme.

1230. Situation des héritiers de la femme. — Les art. 1453 et 1466 accordent en termes généraux aux héritiers de la femme la faculté de renoncer, quand la communauté se dissout par son prédécès, comme elle l'aurait pu faire elle-même au cas de prédécès du mari. Les règles qu'on leur applique doivent donc être les mêmes à tous égards que celles qui sont établies pour l'option de la femme survivante. Cependant la jurisprudence avait créé entre la femme et ses héritiers une différence qui n'était pas écrite dans la loi : elle décidait que les héritiers de la femme n'ont pas besoin d'avoir fait inventaire dans les trois mois pour conserver indéfiniment le droit de renoncer à la communauté (Cass., 19 mars 1878, D. 78. 1. 218, S. 78. 1. 353 ; Rennes, 29 janv. 1885, D. 86. 2. 128, S. 87. 2. 108) Cette jurisprudence était une pure erreur d'interprétation de la loi : l'art. 1466, en disant que « les *délais* et les formes » prescrits pour la femme sont les mêmes pour ses héritiers, rend applicable à ceux-ci l'art. 1456 qui retire à la femme le droit de renoncer après l'expiration des délais quand elle n'a pas fait inventaire. La Cour de cassation a rétabli la vérité en décidant que les héritiers de la femme sont soumis à la même condition qu'elle (Cass., 15 juin 1909, D. 1910. 1. 417, P. et S. 1910. 1. 129). Il y avait eu quelques décisions en ce dernier sens (Lyon, 9 juin 1876, D. 78. 2. 13, S. 78. 2. 7). On doit cependant observer que la nécessité d'un inventaire, facile à comprendre pour la femme survivante, qui reste en possession des biens de la communauté et qui peut par suite commettre à loisir des détournements, se justifie beaucoup moins pour les héritiers de la femme qui, en présence d'un mari survivant, ne possèdent rien des biens communs.

Pour le cas particulier où la femme, devenue *veuve*, survit de peu à son mari et meurt à son tour avant d'avoir pris parti, voyez l'art. 1461, qui règle les *délais* dans lesquels les héritiers de la femme devront exercer leur droit d'option, qu'ils recueillent *par transmission* et trouvent ouvert dans la succession de la femme qui leur est déférée.

3° Dissolution du vivant des deux époux.

1231. Séparation de corps et divorce. — Ces deux hypothèses sont régies par un texte particulier, l'art. 1463. La femme divorcée ou séparée de corps est *considérée comme renonçante*, si elle n'a pas pris parti dans les délais. C'est donc une règle inverse de la précédente qui s'applique ici ; ce n'est plus le droit de renoncer que l'on retire à la femme, c'est le *droit d'accepter*. Cette règle repose sur *une présomption de renonciation* établie par la loi, et cette présomption ne souffre pas la preuve contraire, puisque sur son fondement la loi *dénie à la femme le droit d'accepter* la communauté (art. 1352).

1232. Controverse relative à la séparation de biens. — La loi n'a prévu nulle part, au moins dans le Code civil, l'hypothèse de la séparation de biens. Quelle solution faut-il lui appliquer ? Celle de l'art. 1459 ou celle de l'art. 1463 ? Il est évident que si la loi présume que la femme renoncera quand il y a simple *mésintelligence* abou-

tissant au divorce ou à la séparation de corps, il y aurait lieu de présumer de même, et à plus forte raison, sa renonciation au cas où elle a demandé la séparation de biens *parce que son mari a fait de mauvaises affaires*. Aussi plusieurs auteurs ont-ils accepté l'extension de l'art. 1463 (Aubry et Rau, t. V, § 517, note 13), et c'est la solution qui a prévalu en jurisprudence (trib. de Mirecourt, 30 mars 1849, D. 49. 5. 356 ; Agen, 14 mai 1861, D. 61. 2. 226). Cette solution n'est pas sans objections : l'art. 1463 établit à la fois une *présomption* et une *déchéance* ; à ce double titre il est exceptionnel et devrait recevoir une interprétation stricte. De plus, l'art. 874 C. proc. civ. dit que la femme séparée de biens doit renoncer au greffe ; la loi ne présume donc pas sa renonciation et on ne peut l'admettre en l'absence de cette formalité. Comp. Colmet de Santerre, t. VI, n° 119 *bis*-I ; Laurent, t. XXII, n° 407 ; Guillouard, t. III, n° 1158, qui tous combattent la jurisprudence.

E. — Conditions de validité de l'option.

1233. Capacité. — Pour faire un acte d'acceptation valable, qui la dépouille définitivement de son droit de renoncer, la femme doit être *majeure* (art. 1455). Si elle est encore mineure, comme elle a été émancipée par son mariage, la combinaison des art. 461 et 484 l'oblige à se pourvoir de l'autorisation du conseil de famille. Faute de textes spéciaux à la communauté, nous sommes réduits à appliquer ici des dispositions écrites en vue des successions.

1234. Irrévocabilité. — Quel que soit le parti qu'ait pris la femme, il est *irrévocable* (art. 1455) ; la loi ne lui accorde pas, comme le fait l'art. 790 pour l'héritier, le droit de revenir sur sa répudiation (Cass., 17 déc. 1888, D. 89. 1. 465, S. 89. 1. 164).

1235. Annulation pour dol. — Cependant diverses causes peuvent rendre la décision de la femme annulable sur sa demande. Il n'y a rien de particulier à dire pour le cas d'*incapacité*, qui est rarement réalisable : le droit commun s'appliquerait. Au contraire, il existe des règles spéciales pour les *vices du consentement*.

1° L'art. 1455 autorise l'action en nullité seulement « s'il y a eu *dol* de la part des héritiers du mari ». Sa rédaction exclut toute possibilité de demander la nullité pour cause d'*erreur* sur la valeur ou les charges de la communauté, mais laisse ouverte l'action fondée sur la *violence*, qui est considérée comme un dol aggravé.

2° La loi prévoit que les héritiers du mari ont commis un dol pour décider la veuve à accepter la communauté. Quel intérêt ont-ils donc à voir la femme prendre sa part de communauté ? Il semble qu'ils devraient bien plutôt l'engager à y renoncer ; mais la loi suppose que l'actif est chargé de dettes et que les héritiers du mari ont décidé la femme à l'accepter sans prendre la précaution de faire un inventaire, ce qui l'oblige à payer les dettes avec eux. On peut aussi supposer que la femme s'était réservé le droit de reprendre ses apports en renonçant à la communauté et que les héritiers du mari tiennent à en éviter la reprise en la décidant à accepter.

3° Le texte suppose que le dol est commis par les héritiers du mari, parce que c'est pour eux surtout que la décision de la femme offre de l'intérêt ; mais celle-ci pourrait tout aussi bien être trompée par une autre personne, par un créancier de la succession par exemple. L'acceptation obtenue par dol est un acte *unilatéral* ; il est donc annulable quel que soit l'auteur du dol. Ici ne s'applique pas la règle propre aux contrats qui veut que l'auteur du dol soit l'autre partie (art. 1116).

4° Enfin le texte ne parle que du cas où c'est l'*acceptation* qui a été obtenue par dol. Il est certain que la nullité pourrait également être demandée, si l'on avait trompé la femme pour l'amener à faire une *renonciation* contraire à ses intérêts.

1236. Action Paulienne. — Cette action suppose que la nullité est demandée, non plus par la femme, comme au cas de dol, mais *contre elle* par ses créanciers qui se plaignent d'une fraude commise à leur détriment : la femme est alors coupable, et non plus victime. L'art. 1464 mentionne le droit pour les créanciers d'attaquer la *renonciation frauduleuse* faite par la femme ou par ses héritiers et d'accepter la communauté de leur chef. C'est l'application du droit commun. On se demande seulement s'il sera nécessaire de prouver la *fraude* ou si l'on se contentera du *préjudice* ; le texte est bien formel et parle de « fraude ». Cependant la question est controversée. Voyez t. II, n° 313.

Une autre question est née : la loi ouvre l'action aux créanciers quand la femme a *renoncé*. Entend-elle exclure par là le droit d'attaquer une *acceptation frauduleuse* ? Nullement. Elle a parlé de la renonciation parce que c'est le moyen le plus fréquent de frustrer les créanciers, mais il n'y a aucune raison pour écarter le droit commun au cas où la femme aurait frauduleusement accepté une communauté chargée de dettes (Cass., 26 avril 1869, D. 69. 1. 239, S. 69. 1. 269).

CHAPITRE VIII

EFFETS DE L'ACCEPTATION

****1237. Division.** — L'acceptation de la communauté n'est qu'une renonciation à la faculté de renoncer ; elle consolide donc définitivement la qualité de commune en biens en la personne de la femme, et lui en maintient toutes les charges et tous les bénéfices. Par suite, la femme se trouve *dans l'indivision avec son mari*, de sorte qu'il y a lieu de *procéder au partage de l'actif* et à *la répartition du passif entre les époux*. C'est ce que l'art. 1467 indique en fort bons termes : « l'actif se partage et le passif est supporté de la manière ci-après déterminée. »

Mais avant d'aborder l'étude du partage de l'actif et du règlement du passif, il y a lieu de s'occuper de quelques *opérations préliminaires* qui doivent précéder le partage lui-même.

SECTION I. — Opérations préliminaires au partage.

1238. Énumération. — Avant de procéder au partage de la masse commune, il faut d'abord en reconnaître la composition et en reconstituer tous les éléments, toujours plus ou moins confondus avec le patrimoine propre des époux. Les opérations qui tendent à cette liquidation sont :

1° la *reprise des propres* ;

2° le calcul des *récompenses dues à chaque époux par la communauté* ;

3° le calcul des *récompenses dues à la communauté par chaque époux* ;

4° la *balance du compte* personnel à chacun des deux époux, balance qui doit s'établir entre ce qu'il doit à la communauté et ce que la communauté lui doit à lui-même ;

5° le *rapport* des sommes dues à la communauté d'après cette balance des comptes ;

6° le *prélèvement* des sommes dues par la communauté à l'un des époux ou à tous deux.

1238 *bis*. **Nécessité de la balance des comptes de récompenses.** — La nécessité d'établir la balance entre les récompenses dont la communauté peut être créancière et celles dont elle peut être débitrice envers chaque époux a été mise en lumière par POTHIER d'abord[1], puis par M. LABBÉ[2], enfin par MM. LE COURTOIS et SURVILLE[3]. En effet, les différentes créances que chaque époux peut avoir à faire valoir contre la masse commune ne forment pas un total distinct et indépendant des sommes dont il est lui-même redevable envers cette même masse : ces créances et ces dettes forment les deux colonnes, *actif* et *passif*, d'un seul et même compte, dont le *reliquat final* est seul à considérer : le *solde créditeur* se trouvera, selon les cas, exister au profit de l'époux ou au profit de la communauté ; lui seul forme une créance dont le règlement pourra être poursuivi selon les procédés indiqués ci-dessous. En ce sens, Cass., 15 mai 1872, D. 72. 1. 197, S. 72. 1. 313 ; Cass., 3 mars 1891, D. 91. 1. 249, S. 92. 1. 190. Voyez aussi Caen, 3 juill. 1889, D. 90. 2. 137, S. 90. 2. 73. — On devra donc commencer par établir cette balance du compte de chaque époux avec la communauté avant de savoir s'il est finalement créancier ou débiteur de la masse commune. Voyez cependant les observations de M. LABBÉ, dans *Sirey*, 90. 2. 73. — Comp. les notes de MM. DE LOYNES et LE COURTOIS, sous Dijon, 28 oct. 1910 (D. 1914. 2. 49, P. et S. 1913. 2. 113), arrêt qui semble mal rendu.

1238 *ter*. **Conséquence.** — Ceci exclut une façon d'opérer qui s'emploie quelquefois dans la pratique, et qui est dangereuse, parce qu'elle peut conduire à des résultats inexacts. Lorsque les deux époux sont tous deux débiteurs de récompenses envers la communauté, on est tenté d'établir une compensation entre eux et, de ne tenir compte que de la somme dont la plus forte des deux dettes dépasse l'autre. Par exemple si le mari doit 20 000 francs à la communauté et la femme 25 000, on considère les deux dettes comme s'annulant l'une l'autre jusqu'à concurrence de 20 000 francs, et on oblige seulement la femme à tenir compte à la communauté des 5 000 francs d'excédent. Ce procédé ne peut être employé sans danger que si on l'applique aux reliquats passifs des comptes établis comme il est expliqué au numéro précédent. Mais si on suppose que la femme est, en même temps, créancière de la communauté pour une somme supérieure à celle dont elle

[1] *Traité de la communauté*, n° 583.
[2] LABBÉ, note dans *Sirey*, 72. 1. 313.
[3] *Traité du contrat de mariage*, t. II, n°s 1083 et suiv.

est redevable, la compensation établie hâtivement et directement entre les récompenses qu'elle et son mari doivent à la communauté peut tourner au détriment du mari. EXEMPLE : l'actif commun est nul ; mais le mari et la femme doivent chacun à la communauté 20 000 francs ; de son côté la femme a droit à une récompense de 50 000 francs. Si on compense la dette du mari avec la dette de la femme, l'actif commun restera égal à zéro, et le mari sera responsable sur ses biens personnels des 50 000 francs dus à la femme. Si, au contraire, on considère que la femme, étant créancière de 50 000 francs et débitrice de 20 000 francs, n'a droit en réalité qu'à 30 000 francs, on la désintéressera en lui attribuant : 1° la somme de 20 000 francs que son mari doit à la communauté ; 2° 10 000 francs à prendre sur les biens personnels du mari. Le mari n'aura donc à débourser que 30 000 francs ; il lui en faudrait payer 50 000 avec l'autre procédé.

En somme, la dette de chaque époux envers la communauté doit se compenser d'abord avec ses propres créances contre la masse commune, ce qui se fait au moyen de la balance susindiquée. Ce n'est que l'excédent qui peut se *compenser*[1], s'il y a lieu, avec la somme dont l'autre époux est lui-même redevable envers la communauté, d'après la balance de son compte personnel. Comp. LE COURTOIS et SURVILLE, *Contrat de mariage*, t. II, n° 1097.

§ 1. — *Reprise des propres.*

***1239. Nature de l'opération.** — C'est la première chose à faire : il faut mettre à part les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, qui appartiennent à chaque époux à titre de propres (art. 1470, al. 1). Sur les cas où un bien est un propre, voyez ci-dessus, n°s 918 à 972. L'époux se présente *comme propriétaire* et reprend son bien *en nature*, et même, à proprement parler, il ne le « reprend » pas, puisqu'il en a toujours conservé la propriété et que la communauté n'en avait que la jouissance ; il s'agit d'une simple *reprise de fait*, destinée à séparer le patrimoine propre à chaque époux des biens indivis formant la masse commune.

A. — Effet de l'ameublissement.

1240. Obstacle à la reprise du propre. — Il y a cependant un cas où l'époux ne peut pas reprendre son bien propre, c'est lorsqu'il l'a *ameubli* en limitant son ameu-

[1] Il faut remarquer d'ailleurs que ce n'est pas d'une vraie *compensation* qu'il s'agit, les deux époux n'étant pas respectivement débiteurs l'un de l'autre, mais se trouvant simultanément débiteurs de la masse commune. C'est donc, en réalité, une simple *imputation*, sur la part de chacun, de la somme dont le rapport effectif est devenu inutile à raison de la parité de situation existant entre les deux copartageants : on lui *précompte* sur sa part ce qu'il doit à la communauté, jusqu'à concurrence de ae plus faible des deux dettes.

blissement *à une certaine somme*. Si l'immeuble avait été ameubli en totalité, la communauté en serait propriétaire (ci-dessus, n° 984). L'immeuble imparfaitement ameubli reste la propriété de l'époux, mais celui-ci est tenu de *le faire figurer dans le partage pour sa valeur*, jusqu'à concurrence de l'ameublissement (art. 1508, al. 1), afin que la communauté profite de la clause qui, sans cela, ne lui servirait à rien.

Si l'immeuble ameubli avait été aliéné, la communauté prélèverait sur le prix en provenant la somme fixée par le contrat de mariage, et l'époux n'aurait le droit de réclamer que le surplus.

1241. Nature du droit de la communauté. — La communauté n'est pas propriétaire de l'immeuble ; son droit n'est qu'*une créance* : l'époux est « obligé » de comprendre l'immeuble dans le partage (art. 1508). Mais c'est une créance d'un genre tout particulier, à laquelle on a parfois donné le nom d'*assignat limitatif* pour marquer que la communauté n'a de droits que sur l'immeuble ameubli et que le surplus du patrimoine de l'époux ne lui est en rien affecté.

Il résulte de là une double conséquence : 1° Si les immeubles compris dans l'ameublissement sont *inférieurs en valeur* à la somme convenue, l'époux ne peut pas être contraint de la compléter sur ses autres biens.

2° Si les immeubles *périssent* ou se *détériorent*, la perte est pour la communauté, parce que son droit ne s'étend pas au delà.

B. — Preuve à fournir.

***1242. Présomption en faveur de la communauté.** — Quelle que soit l'étendue de la communauté (universelle, légale ou réduite aux acquêts), il existe en sa faveur une présomption : *tout ce que les époux possèdent est réputé commun* ; si l'un d'eux réclame un bien ou une valeur comme lui appartenant en propre, il doit le prouver. Cette présomption est écrite dans l'art. 1402 pour les *immeubles*, dans l'art. 1449 pour les *meubles*.

1° Immeubles.

1243. Facilité de la preuve. — Pour les immeubles, il n'y aura pas de difficultés : les titres établissent presque toujours l'*origine de la propriété*, et dans les cas où il n'y a pas de titre, comme au cas de succession, le fait est en lui-même notoire. Même pour les immeubles acquis à titre onéreux pendant la communauté, il est aisé de vérifier s'ils l'ont été par une cause capable de leur attribuer le caractère de propres, comme le *remploi* ou l'*échange contre un propre*.

2° Meubles.

***1244. Cas où leur reprise a lieu.** — Rappelons que la reprise de meubles comme propres ne se présente presque jamais sous la communauté légale (ci-dessus, n° 918) ; dans la pratique c'est toujours quand il y a des clauses d'exclusion ou de réalisation plus ou moins étendues que la question se pose, et principalement dans les cas de réduction de la communauté aux acquêts.

1245. État des textes. — Tous les meubles, propres ou communs, sont ordinai-

rement mêlés et confondus, et la preuve de leur origine n'est pas toujours commode à fournir. La difficulté augmente encore par l'*existence de deux textes qui ne sont pas d'accord* ; la loi a réglé la question dans deux endroits, d'abord *à propos de la communauté d'acquêts* (art. 1499) et ensuite *à propos des clauses de réalisation* (art. 1504). et elle n'a pas donné les mêmes règles dans les deux cas : l'art. 1499 s'exprime en termes absolus, qui ne comportent aucune distinction, tandis que l'art. 1504, après avoir formulé une règle en termes différents, y apporte une exception.

Les dispositions de la loi française sur la nature des preuves à fournir pour la reprise du mobilier propre ont été avec raison critiquées.

Bibliographie. — Alb. Tissier, *De la Communauté d'acquêts... et de la preuve des apports mobiliers, Revue Bourguignonne*, 1901, n° 1. — M. Rey, *De la preuve des reprises sous les divers régimes matrimoniaux*, 2e édit., Grenoble, 1909.

***1246. Règle de l'article 1499.** — D'après cet article, la preuve du mobilier propre ne peut être fournie que *par un inventaire ou état en bonne forme,* ce qui veut dire « authentique », comme ceux qu'on trouve annexés à des comptes de tutelle ou à des actes portant donation de meubles. A défaut d'une preuve de ce genre, le mobilier reste à la communauté.

***1247. Règle de l'article 1504.** — Dans sa disposition principale, ce texte s'exprime tout autrement. Tout d'abord il admet que la preuve régulière peut résulter non seulement d'un inventaire ou état authentique, mais *de tout titre propre à justifier de sa consistance et valeur* (art. 1504, al. 2). Ceci revient à exiger seulement une *preuve écrite,* en laissant aux juges le soin d'apprécier le mérite de celle qui sera fournie. C'est ce qu'admet la jurisprudence (Cass., 14 mars 1877, D. 77. 1. 353, S. 78. 1. 5 ; Cass., 14 mai 1879, D. 79. 1. 420, S. 80. 1. 17).

1248. Exception admise par l'article 1504. — En outre, ce même article introduit une exception en faveur de la femme. Quand le mobilier à elle *échu pendant le mariage* n'a pas été inventorié, il lui est permis de prouver la consistance des meubles qu'elle réclame *par tous les moyens possibles* et même *par commune renommée* [1]. C'est que son mari est en faute de n'avoir pas fait faire l'inventaire de ce mobilier : c'était son devoir de prendre ce soin, en qualité d'administrateur des biens de sa femme, et celle-ci ne doit pas avoir à souffrir d'une faute qui n'est pas la sienne.

Ce motif est sans application *au mobilier présent,* c'est-à-dire à celui que la femme possède au jour de son mariage, parce que la femme était alors libre et maîtresse de ses biens ; c'était à elle seule qu'il appartenait de se procurer un moyen régulier de preuve.

***1249. Conciliation admise en jurisprudence.** — Tels sont les deux articles en présence : ils ne sont pas semblables, et ils s'appliquent au même cas [2] ; comment les concilier ? La jurisprudence les combine de la façon suivante :

[1] Sur la preuve par commune renommée, voyez ci-dessus, n° 1149. Sur un cas où cette preuve n'a pas été admise, voyez Cass., 6 févr. 1905, D. 1905. 1. 481, S. 1907. 1. 393.

[2] L'art. 1504 a été emprunté à Pothier (*Communauté*, n° 300) ; l'art. 1499 est dû aux

1° S'agit-il pour les époux de *reprendre leur mobilier propre à l'encontre des créanciers de la communauté* ? Alors l'art. 1499, qui est le plus rigoureux des deux, s'appliquera d'une façon absolue : il faudra un inventaire ou état authentique, et cette preuve sera exigée aussi bien de la part de la femme que de la part du mari (Cass., 19 juin 1855, D. 55. 1. 305, S. 55. 1. 206 ; Cass., 20 août 1884, D. 85. 1. 312, S. 85. 1. 126 ; Cass., 25 nov. 1903, D. 1905. 1. 505 ; Cass., 3 janv. 1910, D. 1910. 1. 113, P. et S. 1912. 1. 145)[1]. — Cette solution est confirmée par une disposition spéciale du Code de commerce, l'art. 560, qui en cas de faillite du mari n'autorise la femme à revendiquer son mobilier propre, pour le soustraire à l'action des créanciers, qu'autant qu'elle est munie d'un inventaire ou état authentique. On peut encore en rapprocher l'art. 1510, al. 2 et 3, d'après lesquels, quand il y a séparation des dettes, l'action des créanciers contre la communauté ne peut être arrêtée que par une preuve authentique.

2° Lorsque les époux ne sont pas en conflit avec leurs créanciers et que la question de preuve s'élève *dans leurs rapports entre eux,* pour le règlement de leurs reprises, la jurisprudence leur fait l'application des solutions plus bienveillantes de l'art. 1504; la preuve devient beaucoup plus facile, sans cependant cesser d'être soumise au droit commun, si ce n'est au profit de la femme dans le cas exceptionnel prévu par le texte. Voyez les arrêts de 1877 et de 1879 cités ci-dessus au n° 1247 et l'arrêt précité du 20 août 1884. — Voyez aussi, pour les fonds de commerce et les offices ministériels appartenant au mari, lesquels n'ont pas besoin d'être inventoriés, Aix, 24 mai 1905, D. 1906. 2. 388, et les renvois.

1250. Autre conciliation doctrinale. — Ces solutions étaient acceptées sans difficulté, lorsqu'en 1884 la Cour de Dijon admit une doctrine toute différente, qui était enseignée par M. Bufnoir[2]. L'art. 1499 viserait le cas d'une *reprise en nature,* quand l'époux se présente comme *propriétaire du mobilier,* et l'art. 1504 statuerait sur la *reprise en valeur,* quand l'époux est créancier d'*une somme d'argent.* Voyez les notes de M. Bufnoir, dans S. 85. 2. 25 et 89. 1. 465. Mais l'arrêt de Dijon a été cassé (Cass., 22 nov. 1886, D. 87. 1. 113, S. 89. 1. 465). L'interprétation antérieure a été ainsi maintenue, et peut-être est-ce avec raison[3]. Le système admis par la cour de Dijon accorde une importance exagérée à la façon dont se fait la reprise (en nature ou en argent), puis-

auteurs du Code. Je suis convaincu que leur différence est un pur accident de rédaction et n'a été ni voulue ni même aperçue par les auteurs de la loi. Voyez aussi la note de M. Guénée, sous Cass., 29 déc. 1902, D. 1904. 1. 401.

[1] Les circonstances de fait dans lesquelles cet arrêt a été rendu montrent que la loi est très dure pour la femme : il s'agissait d'un titre nominatif inscrit à son nom, qu'elle n'a pas été admise à revendiquer. — Pour les difficultés que soulèvent à ce point de vue les valeurs mobilières, voyez Grenoble, 15 nov. 1910, D. 1911. 2. 217, et la note de M. Magnol.

[2] Il y avait déjà eu en ce sens un arrêt de la Cour d'Angers du 26 mai 1869 (D. 69. 2. 238, S. 70. 2. 85).

[3] La Cour de cassation a depuis lors confirmé sa décision à deux reprises (Cass., 15 mars 1899, D. 99. 1. 569 ; Cass., 15 mai 1899, D. 99. 1. 397). Cependant le système de la Cour de Dijon a été repris par les cours de Caen (24 mars 1890, D. 90. 2. 217), d'Agen (24 mars 1902, D. 1903. 2. 433) et d'Orléans (23 févr. 1910, D. 1911. 2. 345). Voyez aussi la note de M. Wahl, sous Amiens, 1er févr. 1908, P. et S. 1909. 1. 233.

que la femme ne peut se présenter comme *créancière* qu'à la condition d'avoir été *propriétaire* du mobilier à reprendre. D'ailleurs l'art. 1504 règle la question de preuve sans distinction pour tous les cas où il y a un mobilier propre, même quand ce mobilier doit être repris en nature, puisqu'il fait partie de la même section que l'art. 1500 où se trouve prévue la clause expresse de réalisation qui réserve la propriété du mobilier à l'époux. Le système ordinaire de la jurisprudence ne mérite donc pas d'être combattu, il introduit une distinction utile au point de vue pratique et conforme à d'autres dispositions de notre droit. Comp. Bordeaux, 23 juin 1908, D. Sous Cass, 1912. 1. 165, et la note.

§ 2. — *Prélèvement des récompenses dues aux époux.*

** **1251. Définition.** — Les reprises des époux ne se bornent pas aux biens en nature qui leur appartiennent, et dont la reprise n'est qu'un simple triage à faire parmi les biens existants ; souvent aussi ils ont à exercer des *créances contre la communauté*, lorsque celle-ci s'est enrichie à leurs dépens. C'est alors une *indemnité* qu'ils réclament à la communauté, et ils font valoir leurs droits sur des biens qui ne leur appartiennent pas en propre. Cette seconde espèce de reprises s'appelle proprement *actions en reprise*, et elle donne lieu à des *prélèvements à titre de récompense*. — Rappelons toutefois que ces prélèvements à titre de récompense ne sont dus à chaque époux que déduction faite des sommes dont il est lui-même redevable envers la communauté et après balance faite de son compte, ainsi qu'il est expliqué ci-dessus au n° 1238.

A. — Développement historique.

1252. État primitif du droit. — Ces actions en reprise qui ont aujourd'hui tant d'importance et qui nous semblent si naturelles, n'existaient pas dans le très ancien droit Les époux n'avaient jamais le droit de réclamer une récompense à la communauté ; *tout ce qui sortait de leur patrimoine pour entrer dans la masse commune était définitivement perdu pour eux*. Aussi on avait coutume de dire, comme en proverbe, qu'un mari devait « se relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme », parce qu'il était sûr d'être payé de sa peine par le gain que réalisaient la communauté et lui-même (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 116).

1253. Changement survenu dans la pratique. — Ce fut l'usage qui amena un changement. On prit l'habitude d'insérer dans les contrats de mariage une clause par laquelle l'époux vendeur se réservait le droit de *placer à son profit le prix du propre vendu*, d'en faire le *remploi*. Si le remploi n'avait pas été fait, on permettait à l'époux vendeur de se faire payer une indemnité par la communauté : c'était ce qu'on appelait le *remploi sur les acquêts*.

1254. Décision des coutumes réformées. — Au XVIe siècle les coutumes réformées confirmèrent cet usage et décidèrent que cette indemnité serait due de plein droit à l'époux et se prélèverait sur les acquêts, alors même que le contrat de mariage n'aurait rien stipulé à cet égard : ce fut ce qu'on appela le *remploi légal* (Coutume de Paris, art. 232 ; d'Orléans, art. 192, etc.). Ces dispositions nouvelles donnèrent lieu à des difficultés pour les coutumes muettes (Louet, lettre R, n° 30). Elle devinrent cependant le droit commun de la France.

1255. Extension du principe. — Les coutumes n'avaient prévu que le cas d'aliénation d'un propre et le rachat d'une rente, qui seuls avaient donné lieu à des stipu

lations particulières. Mais le principe une fois admis avait en lui une force d'expansion qui ne tarda pas à se manifester. Au XVIIIe siècle Pothier le formulait dans toute sa généralité : « On peut aussi établir pour principe général que chacun des conjoints est, lors de la dissolution de la communauté, *créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens*, pendant qu'elle a duré » (*Communauté*, n° 607), et il en citait des exemples.

1256. État actuel des textes. — Le Code civil n'a point reproduit la formule générale qu'avait donnée Pothier. Il s'est borné, comme le faisait la coutume de Paris, à parler de cas isolés dans lesquels la récompense est due, et même il n'en mentionne que deux (art. 1433 et 1470). Mais cette énumération incomplète qui s'explique par la marche historique du droit, ne peut faire mettre en doute le principe général, dont la loi fait l'application, et dont tout le monde admettait alors l'existence. C'est donc toujours la formule donnée par Pothier, qui exprime l'état de notre droit.

B. — Motif des récompenses.

* **1257. Motif historique.** — Historiquement, le système des récompenses n'a eu d'autre cause que le désir personnel de chaque époux de conserver son bien et de n'en point faire donation à son conjoint (ci-dessus, n° 1253). Mais quand les coutumes eurent admis la récompense de plein droit, en l'absence de toute stipulation, les jurisconsultes lui découvrirent un autre motif, indépendant de la volonté des époux : le désir d'empêcher des libéralités indirectes au profit du conjoint, sous un système de législation qui défendait les donations entre époux. Motif évidemment erroné, comme le prouve l'histoire et qui ne permettrait pas d'expliquer comment il se fait : 1° que les récompenses fussent admises même sous des coutumes qui permettaient les donations entre époux ; 2° que le Code les ait conservées, quoique la prohibition de ces donations ait été abandonnée par lui.

* **1258. Raisons actuelles.** — Depuis le Code civil, on peut donner une double raison pour le maintien de ce régime :

1° Il faut éviter *tout enrichissement* de l'un des époux aux dépens de l'autre, lorsqu'il se fait *par voie oblique*, parce qu'il est souvent *involontaire*. Si les époux veulent se faire des libéralités, qu'ils les fassent ouvertement, puisque la loi le leur permet, ce qui aura pour eux l'avantage de leur assurer l'exercice de leur droit de révocation ;

2° Il faut faire respecter l'*immutabilité des conventions matrimoniales*, car la composition des patrimoines propres et du patrimoine commun a été arrêtée par le contrat de mariage et ne peut plus être modifiée. Toutes les fois qu'une valeur sort de l'un de ces trois patrimoines pour entrer dans l'un des deux autres, elle doit y être replacée par équivalent. Et cela donne la raison d'être d'une manière générale pour toute espèce de récompense.

C. — Cas où l'époux a droit à récompense.

** **1259. Cas certains.** — Dans les cas suivants la récompense est due sans contestation possible.

1° Aliénation d'un propre. — C'est le cas primitif, celui qui a servi de point de départ à toute la série (art. 1433 et 1470). Pour que la récompense soit due il faut *deux conditions* : *a*) le prix a été *payé par l'acheteur* ; sinon la communauté n'ayant rien reçu n'aurait rien à rendre, et l'époux serait encore personnellement créancier de son acquéreur ; *b*) *le remploi n'a pas été fait* ; s'il y a eu remploi, l'époux est désintéressé, la communauté n'a rien gardé du prix et ne s'est pas enrichie.

Au contraire, la femme n'a pas droit à récompense quand son mari a aliéné un de ses biens réservés, parce que ces biens n'ont pas le caractère de propres (trib. de Lannion, 8 févr. 1910, D. 1910. 2. 286, P. et S. 1910. 2. 323). Mais elle peut faire annuler l'aliénation faite par son mari comme ayant eu lieu en fraude de ses droits (trib. de la Seine, 20 déc. 1909, D. 1910. 2. 286).

2° Échange avec soulte. — Si l'époux a cédé un de ses propres par voie d'échange avec stipulation d'une *soulte à son profit*, et si le montant de la soulte a été versé à la communauté, celle-ci en est débitrice comme s'il s'agissait d'un prix de vente. Comp. art. 1407.

3° Rachat d'une servitude. — La situation est encore la même si un voisin s'est rédimé en argent d'une servitude dont il était grevé au profit d'un bien propre à l'un des époux : le propre, qui jouait le rôle de fonds dominant, s'est trouvé diminué par le rachat qui a éteint une servitude active, et la communauté s'est enrichie de la somme versée par le voisin.

4° Vente de produits. — La communauté peut avoir touché le prix de produits qui ne lui appartiennent pas d'après les règles de l'usufruit, tels que des coupes de bois faites dans les futaies non aménagées, ou des matériaux extraits de carrières ou de mines ouvertes depuis le mariage. Dans cette hypothèse, comme dans les trois précédentes, la communauté a reçu en argent la valeur d'un bien qui était propre à l'un des époux ; elle en doit la récompense.

5° Apport d'un excédent de mobilier. — L'époux avait promis de faire un apport mobilier jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (ci-dessus, n° 1013-II), et la valeur du mobilier tombé de son chef en communauté dépasse cette somme. Il a le droit de reprendre *en valeur* l'excédent ; il agit donc comme *créancier d'une somme d'argent*. C'est l'effet déjà signalé des clauses tacites de réalisation.

6° Don ou legs de deniers propres. — Il y a lieu à reprise pour les sommes d'argent qui ont été données ou léguées à la condition qu'elle n'entreront pas dans la communauté, et qui ont été en fait confondues avec les deniers communs, faute d'emploi.

7° Paiement par l'époux d'une dette de communauté. — Si l'époux a payé avec sa fortune personnelle une dette qui était à la charge de la communauté, il y a lieu à récompense, car il l'a enrichie à ses dépens.

1260. Cas controversés. — Voici deux hypothèses pratiques dans lesquelles l'existence du droit à récompense est douteuse.

1° Vente d'un propre a rente viagère. — Supposons qu'une maison qui rapportait 6 000 francs par an soit vendue moyennant une rente viagère de 10 000 francs ; la communauté va gagner 4 000 francs par an, et il semble que ce soit au détriment de l'époux, puisque cette augmentation temporaire du revenu est obtenue par le sacrifice du fonds. La communauté ne doit-elle pas récompense ? On l'admettait dans notre ancien droit (Pothier, *Communauté*, n° 594) et c'est aussi la solution qui a prévalu dans la jurisprudence (Cass., 1er avril 1868, D. 68. 1. 311, S. 68. 1. 253 ; Cass., 8 avril 1872, D. 72. 1. 108, S. 72. 1. 224), mais ce fut après de vives controverses (Dissertation intéressante sous Lyon, 17 févr. 1870, S. 70. 2. 305. Comp. Mimerel, *Revue critique*, 1853, t. III p. 851 ; Pont, *ibid.*, 1854, t. IV, p. 9. Voyez aussi les autorités citées dans Rodière et Pont, t. II, n° 935, en note. Dans le sens de la jurisprudence, Colmet de Santerre, t. VI, n° 78 *bis*-xi ; Aubry et Rau, t. V, § 511, note 4 ; Laurent, tome XXII, n° 466). On dit que la communauté a encaissé, pendant tout le temps qu'elle a duré après la vente, des sommes qui représentaient une valeur propre, parce que les arrérages de la rente viagère contenaient virtuellement une portion de capital.

La jurisprudence est bien fixée en ce sens ; j'estime cependant que c'est faire une fausse application du principe. On a tort de dire que la communauté doit indemniser les époux quand ceux-ci augmentent leur revenu aux dépens de leur capital. Les biens de toute nature fournissent des revenus qui sont essentiellement variables ; la *valeur des choses* dépend à la fois *du chiffre de leur rendement annuel* et *de leur durée probable*. Quand un propriétaire déplace ses capitaux, substitue un placement à un autre, il peut à volonté *augmenter ou diminuer son revenu* en modifiant *la sécurité du placement*. Ces changements dans le taux des revenus sont inévitables, même quand ils ne sont pas voulus ; c'est l'effet à peu près constant des ventes suivies de remplois. D'autre part on ne peut admettre que les époux soient *garants envers la communauté* du chiffre de leurs revenus ; s'ils n'en sont pas garants, celle-ci de son côté ne leur est redevable en rien des bénéfices annuels qu'elle a pu faire par suite d'une élévation des revenus. Le système des récompenses ne devrait donc fonctionner qu'*à la suite d'encaissements de capitaux par la communauté*; on le fausse en l'appliquant aux revenus. Comp. la décision de l'art. 588 pour l'usufruitier. — Un exemple montrera l'inanité du raisonnement qu'on applique aux rentes viagères : qu'un *domaine rural*, rapportant 2 1/2 0/0 soit vendu et remplacé par une *maison de rapport* dans Paris, vieille et mauvaise, rapportant 6 0/0 net. Avant 30 ans peut-être la maison sera en ruine et aura besoin d'être rebâtie. Il y a donc même sacrifice du fonds pour une augmentation temporaire du revenu. Cependant personne n'admet ici le droit à récompense.

2° Rachat d'un droit viager. — Lorsque l'époux aliène un propre viager (une rente viagère ou un usufruit) moyennant un capital qui est versé à la communauté, a-t-il droit à récompense ? C'est l'hypothèse inverse de la précédente.

Il y a un cas où tout le monde est d'accord : c'est *lorsque l'époux qui avait ce propre viager survit à la dissolution de la communauté*. S'il n'avait pas aliéné son droit d'usufruit ou sa rente, il le posséderait encore et le reprendrait comme propre ; à sa place, il doit donc reprendre le prix que la communauté a touché et il le reprend sans aucune déduction (Caen, 29 nov. 1909, D. 1911. 2. 89. P. et S. 1913. 2. 17).

Mais *si c'est lui qui meurt le premier*, on se divise. D'après la jurisprudence, *les représentants de l'époux n'ont droit à aucune récompense* (Cass., 10 avril 1855, D. 55. 1. 177, S. 55. 1. 241). On en donne pour raison que si l'époux avait conservé ce bien viager jusqu'à sa mort, son droit n'en serait pas moins éteint par son décès, et ses héritiers ne trouveraient rien à sa place dans son patrimoine ; ils n'ont donc rien perdu par l'aliénation et n'ont droit à aucune indemnité. L'aliénation n'a porté que sur une jouissance qui appartenait à la communauté, substituée à l'époux en vertu de son droit d'usufruit sur les propres ; la communauté doit donc garder le prix (Aubry et Rau, t. V, § 511, note 5 ; Laurent, t. XXII, n° 468). — J'estime encore que c'est mal raisonner.

Il ne s'agit pas de savoir si les héritiers de l'époux qui avait un usufruit propre auraient trouvé quelque chose dans sa succession, *en supposant que la vente n'ait pas eu lieu*; mais bien, puisqu'on raisonne sur l'hypothèse où cette vente a été faite, s'ils auraient retiré un bénéfice de cette vente *en supposant que leur parent, vendeur d'un usufruit ou d'une rente, ne fût pas marié sous un régime de communauté*. Or il est certain que les héritiers auraient profité de l'opération, car ils auraient trouvé dans la succession le capital qui a remplacé le bien viager. On devrait donc reconnaître que ce capital, qui est par hypothèse *le prix d'une valeur propre, se trouve sans cause dans la communauté* et doit être restitué. J'ai pour moi l'autorité de POTHIER, qui avait commencé par nier le droit à récompense au cas de prédécès de l'époux (sur le titre X de la coutume d'Orléans, n° 106), mais qui changea d'opinion et en admit plus tard l'existence (*Communauté*, n° 592).

D. — Montant de la récompense.

****1261. Conservation de la règle ancienne.** — La règle qui sert à fixer le montant de la somme due n'a pas changé depuis le XVIe siècle : l'époux qui a vendu un propre retire de la communauté *le prix de la vente* (Coutume de Paris, art. 232 ; C. civ., art. 1433 et 1436).

On ne tient donc pas compte ni de la valeur vraie qu'avait l'immeuble au jour ou il a été vendu, ni de la valeur qu'il peut avoir au jour de la liquidation de la communauté ; on ne s'occupe pas non plus du profit que la communauté peut avoir retiré ou conservé par suite d'un placement bon ou mauvais : elle est toujours *débitrice du prix qu'elle a reçu*. Comp. POTHIER, *Communauté*, n°s 586 à 588.

1262. Dissimulation partielle du prix. — Il arrive souvent que le prix réel de vente d'un immeuble est supérieur au prix porté au contrat : on en a dissimulé une partie, pour frauder le fisc, et la différence a été payée comptant ou a fait l'objet d'une contre-lettre. En ce cas, la communauté doit rendre, non pas le prix apparent, qui est le moindre, mais la somme totale réellement touchée par elle.

Ici s'est présentée une difficulté. L'art. 1341 interdit de prouver par témoins outre ou contre le contenu d'un écrit. Cependant la Cour de cassation a décidé que la preuve *testimoniale* serait admissible pour établir le chiffre des sommes reçues par la communauté (Cass., 14 févr. 1843, S. 43. 1. 193 ; Cass., 30 déc. 1857, D. 58. 1. 39, S. 58. 1. 276). Cette jurisprudence est très exacte : il ne s'agit pas de prouver « outre l'écrit » *contre celui qui l'a signé* pour lui réclamer un prix supérieur à celui qui est exprimé dans l'acte ; il s'agit seulement de prouver qu'*en fait* la communauté a reçu une somme déterminée. Or l'acte de vente n'était pas du tout destiné à prouver la somme que recevrait la communauté, mais seulement à fixer les conventions des parties contractantes. La preuve testimoniale est donc recevable parce qu'elle ne tend pas à exiger de l'une des parties quelque chose de plus que ce que porte l'écrit qu'elle a signé. Comp. AUBRY et RAU, t. V, § 511, note 9 ; LAURENT, t. XXII, n° 462.

E. — Règlement des récompenses.

1263. Division. — Pour le règlement des récompenses qui leur sont dues, la loi accorde aux époux diverses faveurs dont les unes sont communes au mari et à la femme, les autres ne profitent qu'à la femme.

1° Faveurs communes aux deux époux.

* **1264. Énumération.** — Les époux ont la possibilité :

1° De réclamer les *intérêts de leurs reprises* à compter du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473) ;

2° De se payer eux-mêmes en *prélevant sur la communauté des biens en nature* jusqu'à due concurrence (art. 1471).

Je considère cette seconde faveur comme commune aux deux époux. Il pourrait y avoir à cet égard quelque difficulté, grâce à la construction grammaticale de l'art. 1471 : « Les prélèvements de la femme s'exercent... *Ils* s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier,... » Cette phrase, qui est la seule qui autorise les prélèvements en nature, se rapporte uniquement aux droits de la femme ; il n'y est pas parlé de ceux du mari. M. Colmet de Santerre en a conclu qu'on devait lui refuser la faveur qu'on fait à la femme (t. VI, n° 132 *bis*-I), mais il est à peu près seul de son avis. En pratique le mari possède exactement le même droit que la femme (Caen, 19 janv. 1832, S. 41. 2. 82), et personne ne le lui conteste ; ce droit lui était reconnu autrefois (Pothier, *Communauté,* n° 701) et le Code n'a fait que résumer des règles traditionnelles. Comp. Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 869.

* **1265. Cours des intérêts.** — Il n'y a rien à dire sur ce point sinon que le bénéfice de la loi est *réciproque,* et qu'il appartient non seulement aux époux, quand ils sont créanciers de la communauté, mais aussi *à la communauté elle-même,* quand elle est de son côté créancière des époux : ces deux catégories de récompenses emportent les intérêts de *plein droit du jour de la dissolution* (art. 1473).

** **1266. Caractère anormal des prélèvements en nature.** — La possibilité d'employer ce procédé constitue une particularité très importante, dont il faut tout d'abord apercevoir le *caractère anormal.* Les époux sont *créanciers* de la communauté ; or un créancier ordinaire ne peut pas se payer en prenant des biens en nature dans le patrimoine de son débiteur ; il faut qu'il les fasse *vendre* pour se payer *sur le prix.* Les époux bénéficient donc d'un régime de faveur, qui a pour eux un double avantage : 1° ils économisent les frais de vente ; 2° ils peuvent conserver l'un et l'autre des biens qu'il leur serait pénible de voir passer en des mains étrangères.

* **1267. Justification.** — Les époux ne sont pas seulement créanciers de la communauté ; ils en sont en même temps *copropriétaires,* et c'est à ce titre que la loi leur permet de prendre en nature les biens de la communauté : le règlement de leurs récompenses se soude pour ainsi dire au partage et donne lieu à une simple *attribution de biens,* faite par voie de *prélèvement,* jusqu'à due concurrence.

***1268. Modes d'exercice des prélèvements.** — Dans l'art. 1471, la loi règle la façon dont doivent se faire les prélèvements destinés, comme on dit dans la langue du notariat, à « remplir les époux de leurs droits ». L'époux créancier doit prendre d'abord *de l'argent comptant* ; à défaut d'argent, *du mobilier* ; à défaut de meubles en nature, *des immeubles*. Cet ordre est trop simple et trop naturel pour avoir besoin d'être justifié.

1269. Nature mobilière de l'action. — L'action en reprise est mobilière, parce que ce qui est dû à l'époux est une *indemnité*, c'est-à-dire de l'argent, le meuble par excellence. Et cette action ne change pas de nature alors même qu'elle donne lieu à un *prélèvement en immeubles*. Ce prélèvement en nature n'est qu'*un procédé de règlement* qui n'altère point le caractère mobilier de l'action. D'où cette double conséquence :

1° L'action en reprise tombe en communauté si l'époux qui la possède se remarie sans contrat avant la liquidation de sa première communauté ;

2° Elle appartient au légataire du mobilier, s'il meurt laissant un testament avec un legs à titre universel portant sur tous ses meubles.

***1270. Nature de l'opération.** — Un prélèvement en nature ressemble à une *dation en paiement* : à un époux, qui est créancier d'une indemnité en argent, on donne des biens en nature. Ce n'est qu'une *apparence trompeuse*. La dation en paiement est une *convention nouvelle*, qui suppose *un accord de volontés* entre celui qui donne et celui qui reçoit. Rien de pareil ne se passe dans le règlement d'une communauté : l'époux a le droit d'opérer ses prélèvements, même malgré l'opposition de son conjoint ou des héritiers du conjoint ; en tout cas, il exerce son droit sans le concours de leur volonté.

De plus, la dation en paiement est *translative de propriété* ; par suite, si elle porte sur des immeubles, elle a besoin d'être *transcrite*. Le prélèvement opéré par l'époux *n'est pas translatif* : c'est le préliminaire du partage ; c'en est même plutôt le premier acte ; c'est donc *une des opérations du partage*, avec lequel il se confond et dont il emprunte la nature *déclarative*. Il n'opère aucune transmission de propriété.

Les conséquences pratiques sont les suivantes :

1° Il n'y a *pas lieu à transcription* (Cass., 20 juill. 1869, D. 69. 1. 497, S. 70. 1. 127).

2° Il n'y a *pas de droit de mutation* à payer (Cass., 13 déc. 1864, D. 65. 1. 17, S. 65. 1. 89)[1]. Cependant depuis la loi du 28 avril 1893, art. 19, les partages sont soumis au droit proportionnel de 0 fr. 15 pour 100 francs.

3° La *lésion de plus du quart* qui autorise l'époux à demander la rescision du partage, s'apprécie tant pour les prélèvements que pour le partage du reste de la masse commune (Cass., 13 août 1883, D. 84. 1. 49, S. 84. 1. 289 ;

[1] La jurisprudence belge a cependant admis, sur la double question de la transcription et du droit de mutation, des solutions contraires à celles de la jurisprudence française (Gand, 21 juill. 1883, D. 83. 2. 201).

Poitiers, 21 mai 1884, D. 84. 2. 196, S. 86. 2. 89). Toutefois il y a de sérieuses objections à faire ; voyez les notes sous les arrêts précités.

*1271. **Faculté de réclamer un paiement en argent.** — Le système des prélèvements en nature n'est qu'une *faveur* faite aux époux, et ils sont libres d'y renoncer pour réclamer, s'ils le préfèrent, un règlement en argent [1]. La loi n'a pas entendu leur enlever un droit qui appartient à tout créancier. L'opinion et la jurisprudence paraissent se fixer en ce sens (Cass., 6 juill. 1870, D. 71. 1. 116. Comp. AUBRY et RAU, t. V, § 511, note 25 ; GUILLOUARD, t. II, nos 950 et suiv.).

2° Faveurs spéciales à la femme.

1272. **Sa priorité sur le mari. — On a fait aux deux époux, une situation inégale pour le règlement des récompenses qui leur sont dues. Dans toute l'organisation du régime, plus d'une faveur a été octroyée à la femme comme compensation des pouvoirs si grands que le mari possède sur la communauté et on en rencontre ici divers exemples.

D'après l'art. 1471, les prélèvements de la femme s'exercent *avant ceux du mari*. Celui-ci ne peut donc rien réclamer pour son propre compte, tant que sa femme n'est pas entièrement désintéressée, et c'est justice : puisqu'il y a des reprises à exercer du chef de la femme, c'est que la communauté a reçu d'elle des valeurs considérables, et si la communauté n'est plus en état de les rendre, c'est la faute du mari : pourquoi n'a-t-il pas fait immédiatement le remploi de toutes les sommes qu'il a encaissées pour le compte de sa femme ?

1273. Responsabilité personnelle du mari. — Si la communauté n'est pas suffisante pour désintéresser la femme, le mari répond *sur ses propres biens* des récompenses qui lui sont dues (art. 1472, al. 2). Cette responsabilité *subsidiaire* se justifie par la raison donnée au n° 1272 : il y a faute du mari, quand la communauté n'est pas en état de faire face au règlement des reprises de la femme.

Lorsque la femme poursuit ainsi le mari sur ses biens personnels, à défaut de valeurs suffisantes dans la communauté, il ne peut pas être question pour elle de prendre des biens en nature ; ces prélèvements ne se comprennent que sur la masse commune ; contre son mari la femme se présente exclusivement *comme créancière,* elle n'a droit qu'à de l'argent et si son mari lui cède un de ses biens pour s'acquitter, ce sera *une dation en paiement* soumise en tout au droit commun.

[1] Ils peuvent y avoir intérêt. En voici un exemple. Un mari avait légué tout son mobilier à sa femme : celle-ci avait des reprises à exercer. Si on lui avait appliqué l'art. 1471 à la lettre, on aurait anéanti l'effet du legs en lui faisant prélever tout le mobilier pour ses reprises. Il devenait alors nécessaire de répartir la créance de la femme proportionnellement sur tout l'ensemble de la communauté (Amiens, 18 févr. 1887, S. 87. 2. 185).

3° Controverse sur les reprises de la femme.

* **1274. Position de la question.** — Une controverse restée célèbre, quoiqu'elle soit finie depuis plus de cinquante ans, s'est élevée à propos des actions en reprise de la femme, lorsqu'elles donnent lieu à des prélèvements de meubles ou d'immeubles. On s'est demandé quelle était *la nature de l'action* exercée par la femme : agit-elle *comme créancière de ses reprises* ou *comme propriétaire des biens qu'elle prend* ?

Quoique la question soit réglée d'une manière définitive par des arrêts indiscutés, cette controverse mérite encore d'être étudiée en détail, parce que c'est la seule manière de comprendre le sens et la valeur de la solution qui a triomphé, et aussi parce que la discussion continue encore entre les auteurs sous une autre forme.

* **1275. Intérêt de la controverse.** — Si on traite la femme comme créancière, on l'oblige à subir *le concours de tous les autres créanciers de la communauté* ; elle sera payée au marc le franc avec eux. Si on la déclarait propriétaire, *elle les primerait tous*, puisqu'au lieu d'un simple droit de créance, elle aurait à faire valoir *une action réelle*, la revendication, laquelle n'est pas soumise à la loi du concours.

On a donc essayé de faire reconnaître à la femme la qualité de propriétaire, afin de la protéger efficacement contre la mauvaise administration du mari et de la rendre préférable aux autres créanciers. Sans doute, la femme possède déjà une sûreté, son *hypothèque légale* sur les biens du mari et de la communauté ; mais l'hypothèque suppose des immeubles, et si le mari n'en a pas, la femme n'a pas d'hypothèque. Quand la fortune du mari est entièrement mobilière, il faudrait à la femme *un privilège sur les meubles*, mais la loi ne lui en a point donné. On a cherché par tous les moyens à y suppléer et l'un de ces moyens a été de déclarer la femme propriétaire de ses reprises.

* **1276. Variations de la jurisprudence.** — Ce fut la Cour de Paris qui s'avisa la première, en 1852, d'attribuer à la femme un droit de propriété sur ses reprises et la Cour de cassation adopta la même idée en 1853 [1]. Son arrêt se bornait à déclarer « qu'il résulte des art. 1470, 1471, 1483 et 1493 que c'est à titre de propriétaire que la femme a droit au prélèvement préalable de ses propres, de même que le mari et avant lui, et qu'ainsi l'actif de la communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises ; qu'il suit de là que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté, et qu'elle doit être

[1] Cette décision avait été précédée d'un arrêt du 1er août 1848 (D. 48. 1. 189. S. 48. 1. 727), dans lequel l'idée que la femme est propriétaire de ses reprises, se trouvait déjà affirmée à un autre point de vue.

intégralement remplie de ses reprises avant que les autres créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de cette communauté » (Cass., 15 févr. 1853, D. 53. 1. 75, S. 53. 1. 145 ; Cass. 11 avril 1854, D. 54. 1. 152, S. 54. 1. 161). C'est une énumération d'articles, suivie d'une affirmation de la solution ; ce n'est pas un raisonnement. D'ailleurs l'arrêt confond le retrait des propres qui ne sont pas tombés en communauté, avec les reprises proprement dites donnant lieu à des prélèvements sur la masse commune. On essaya vainement de trouver d'autres arguments pour justifier après coup la théorie de la Cour.

Cette jurisprudence nouvelle jeta pendant cinq années la perturbation dans les affaires : si les intérêts de la femme sont dignes de faveur, ceux des créanciers ne doivent pas être absolument sacrifiés, et le crédit du mari se trouvait ruiné, parce que la femme reprenait, comme propriétaire, des valeurs versées par elle dans la communauté et dont rien n'indiquait la provenance. Dupin disait dans un réquisitoire en signalant ce danger que le droit de reprise ainsi entendu serait un droit de surprise (D. 58. 1. 17). Aussi pendant cinq ans, la doctrine réclama avec insistance ; un grand nombre de dissertations furent publiées sur ce sujet. Il y a, comme dit Laurent, toute une littérature sur la question. Voyez principalement les dissertations de Valette (*Mélanges*, t. I, p. 401), Minerel (*Revue critique*, t. IV, p. 408 ; t. XII, p. 7) et Pont (*ibid.*, t. III, p. 436 ; t. IV, p. 522 ; t. VI, p. 398 ; t. IX, p. 481 ; t. XII, p. 3). Voyez aussi Aubry et Rau, t. V, § 511, note 28, et Demolombe, t. IX, n° 365 *bis*. Autres citations dans Rodière et Pont, t. II, n° 1091.

La doctrine finit par l'emporter : un arrêt des Chambres réunies, rendu après un délibéré de trois jours, décida que la femme est simplement créancière de ses reprises et non propriétaire des biens qu'elle prend (Cass., 16 janv. 1858, D. 58. 1. 5, S. 58. 1. 9). Cet arrêt a été suivi de beaucoup d'autres qui ont fixé la jurisprudence (Cass., 1er déc. 1858, D. 59. 1. 11, S. 59. 1. 113 ; Cass., 15 mars 1859, D. 59. 1. 105, S. 59. 1. 193 ; Cass., 23 août 1859, trois arrêts, D. 59. 1. 351, S. 60. 1. 39). Indication complète de la jurisprudence dans Dalloz, *Tables*, 1845-1847, v° Communauté, nos 217 à 251.

1277. Arguments. — En faveur de cette solution, il y a trois argument également concluants :

1° *C'est la tradition* : on a toujours considéré la femme comme créancière de ses reprises ; il est impossible que le Code ait bouleversé la théorie ancienne sans le dire, d'autant plus que ces prélèvements en nature étaient déjà connus et pratiqués depuis longtemps.

2° *Les textes du Code*. Partout les récompenses sont présentées comme de simples créances ; les mots « devoir », « dus », sont employés dans les art. 1437, 1470 et 1473, pour désigner le droit de l'époux.

3° *Les principes généraux.* Les règles fondamentales du régime de communauté montrent que la femme ne peut être exclusivement propriétaire que de ses propres ou de biens achetés en remploi de ses propres aliénés. Elle ne peut être que créancière de ses reprises et doit être soumise comme telle au concours avec les autres créanciers (art. 2093), sauf l'effet de son hypothèque légale sur les immeubles, quand il y en a, puisque la loi ne lui a pas donné de privilège sur le mobilier.

1278. Phase nouvelle de la controverse. — Aujourd'hui la question est absolument tranchée ; la doctrine des arrêts de 1853 et 1854 n'est plus qu'un souvenir, et pourtant de nouvelles opinions ont été produites qui modifient une fois de plus le point de vue (Demolombe, t. IX, n°s 363-365 *ter* ; Rodière et Pont, t. I, n°s 383 et 388-390, t. II, n°s 1081-1082). La femme doit être considérée tour à tour comme créancière et comme propriétaire de ses reprises, selon qu'on l'envisage comme venant ou non en conflit avec d'autres créanciers. En tant qu'elle réclame son paiement en concours avec d'autres, nous ne devons voir en elle qu'*un créancier qui a droit à un dividende* comme les autres, et dans le règlement auquel on procède entre eux tous, il ne peut lui être alloué que de l'argent, sa part des deniers mis en distribution. D'autre part, nous ne devons pas oublier qu'elle est *copartageante* ; dès lors, quand il n'y a pas de créanciers ou qu'ils sont désintéressés, la femme exerce ses reprises par voie de prélèvements en nature et il est parfaitement exact alors de la considérer comme propriétaire des biens qu'elle reçoit, parce qu'elle est seule en présence de son mari ou des ayants cause de celui-ci. Seulement, en cette qualité, elle ne peut venir que comme copartageante, c'est-à-dire *sur l'actif net et après tous les autres créanciers,* comme l'a fort bien montré M. Demolombe, au lieu de les primer comme le voulait la jurisprudence de 1853[1].

Cette distinction était déjà admise dans l'ancien droit. Ferrière disait : « *Entre les conjoints,* les reprises ne se considèrent pas comme dettes communes, mais se prennent par distraction et délibération et *comme par droit de propriété* » (sur l'art. 253 de la coutume de Paris, n° 14). Et Pothier examinant la question, toujours au point de vue des rapports des époux entre eux, constatait le triomphe de cette opinion, qu'il appelle une opinion moderne, d'après laquelle les reprises sont regardées « moins comme une créance que comme donnant à l'époux qui les a *un droit plus fort dans la communauté* que celui de son conjoint qui n'en a pas de pareilles à exercer » (*Successions,* chap. v, art. 2, § 1 ; édit. Bugnet, p. 200-201). On

[1] Une comparaison avec l'héritier bénéficiaire éclairera toute cette discussion : un héritier bénéficiaire peut avoir lui aussi des créances à exercer contre une masse de biens dont il est copropriétaire, et il est pourtant évident qu'il ne peut invoquer son droit de propriété pour primer, comme créancier de la succession, les tiers qui en sont créanciers comme lui.

donnait donc à l'époux pour ses reprises une part plus forte de biens communs ; c'était une *opération de partage entre copropriétaires*[1], et c'est ainsi que le Code a considéré les prélèvements, puisqu'il en parle à propos du partage de l'actif, et cela suppose les autres créanciers désintéressés. L'idée a été admise par la Cour de cassation (Cass., 13 avril 1891, D. 91. 1. 471. S. 91. 421 ; Cass., 6 déc. 1910, P. et S. 1914. 1. 293).

§ 3. — *Rapport des récompenses dues à la communauté.*

** **1279. Nécessité de ce règlement.** — En dressant le tableau des récompenses dues à chaque époux, on reconstitue leur patrimoine propre, tel qu'il devrait être si la communauté ne s'était pas enrichie à leurs dépens. Mais la communauté, à son tour, peut être leur créancière, et cela pour différentes causes. Il y a donc lieu de rechercher et d'établir ces récompenses dues à la communauté, qui diminueront d'autant la reprise due à chaque époux, et qui, même si leur total est supérieur, pourront aboutir à renverser les rôles et à rendre la communauté créancière de l'un des époux, ou de tous deux, pour toute la valeur du solde existant à son profit (ci-dessus, n° 1238).

A. — Cas où la communauté a droit à récompense.

** **1280. Principe général.** — La loi a fait ici ce qu'elle a omis pour les récompenses dues aux époux : elle a formulé elle-même le principe général applicable à tous les cas. Dans l'art. 1437, après avoir indiqué quelques exemples, elle ajoute : « Et généralement, toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. » Un époux ne peut donc pas plus s'enrichir aux dépens de la communauté que la communauté ne peut s'enrichir à ses dépens.

Passons en revue les diverses applications du principe.

1° Paiement par la communauté d'une dette personnelle.

* **1281. Explication de l'hypothèse.** — On suppose une dette dont le recouvrement ne pouvait pas être poursuivi par le créancier contre la communauté ; elle ne figurait pas dans le passif commun. Mais il est possible qu'en fait le mari l'ait acquittée volontairement avec des deniers communs. Dès lors la communauté a droit à une indemnité de la part de l'époux qu'elle a libéré à ses dépens.

2° Paiement d'une dette relative à un propre

* **1282. Définition.** — La communauté a également droit à récompense

[1] Au point de vue de l'enregistrement, on déduit les reprises du montant de la communauté, l'époux en étant considéré comme propriétaire jusqu'à concurrence (Cass., 3 et 24 août 1858, S. 58. 1. 711 ; D. 1912. 1. note, p. 225).

lorsqu'elle a payé des dettes « relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux » (art. 1409-1°). Que veut dire cette formule ? Il s'agit de dettes tombées en communauté du chef de l'un des époux, qui sont devenues communes *quant au droit de poursuite*, mais qui ont pour origine l'*acquisition*, l'*amélioration*, la *conservation* ou le *recouvrement* d'un bien propre[1].

Exemples : Un immeuble est propre comme ayant été acheté avant le mariage, mais le prix n'en était pas encore payé, il l'a été plus tard par la communauté : voilà une dette qui a pour origine l'acquisition d'un propre. Voyez des hypothèses analogues dans les art. 1406, 1407 et 1408. Voyez aussi Cass., 24 juin 1903, D. 1904. 1. 591. — On a construit pendant la communauté sur un terrain propre à l'un des époux : les constructions lui deviennent propres par droit d'accession ; ou bien encore on a dégrevé à prix d'argent un immeuble propre d'une servitude qu'on trouvait gênante : voilà des dettes relatives à l'amélioration d'un propre[2]. — On a fait à des bâtiments des réparations nécessaires : l'argent de la communauté a été employé à la conservation d'un propre. — On a intenté un procès en revendication contre un tiers détenteur qui était en train d'usucaper un immeuble propre à l'un des époux : c'est de l'argent dépensé pour le recouvrement d'un propre.

Ce sont ces diverses hypothèses que la loi résume d'un mot en parlant de dettes *relatives à un propre*. Dans toutes, l'obligation contractée par la communauté ou la dépense faite par elle a tourné au profit personnel de l'époux, et c'est pourquoi il en doit la récompense.

** **1283. Terminologie usuelle.** — Une dette relative à un propre tombe bien en communauté quant au droit de poursuite, en ce sens que le créancier peut se faire payer sur les biens communs, mais la communauté n'en est tenue que provisoirement : c'est l'époux débiteur qui doit la supporter définitivement et il en doit le remboursement à la communauté si celle-ci a payé le créancier. On exprime cela en disant que la dette était *tombée en communauté sauf récompense* : voyez les art. 1406, 1407, et 1408.

Il importe donc de bien distinguer, quand on parle de passif commun : 1° les dettes qui doivent rester définitivement à la charge de la communauté, parce qu'elles y tombent *sans récompense*, et 2° les dettes qui doivent être

[1] C'est la cause de la dette qu'il faut considérer ; il ne suffirait pas, pour donner lieu à récompense, que la dette fût garantie par une hypothèque sur un bien propre (Rennes, 22 déc. 1898. S. 1901. 2. 169, et la note de M. Blondel).

[2] Un arrêt a considéré l'augmentation de valeur d'un propre comme appartenant à la communauté, lorsqu'elle a été procurée à l'aide de fonds prélevés sur les économies (Cass., 25 oct. 1909, P. et S. 1911. 1. 361). Il eût mieux valu se borner à admettre le droit à récompense au profit de la communauté.

supportées en définitive par l'un des époux et qui tombent en communauté *à charge de récompense*.

Dans le même sens, on parle souvent du *passif provisoire* de la communauté qui comprend toutes les dettes devenues communes quant au droit de poursuite, et du *passif définitif* de la communauté qui comprend seulement celles qui doivent rester à sa charge d'après les règles de la contribution aux dettes.

1284. Condition de la récompense. — Pour que la récompense soit due, il faut que l'immeuble, qui a été l'occasion de la dette, ait eu à un moment quelconque le caractère de propre, c'est-à-dire que l'époux en ait été propriétaire au moins un instant pendant le mariage. Par suite, la récompense n'est pas due pour les dettes antérieures au mariage qui se rapportent à un immeuble dont l'époux avait déjà à ce moment cessé d'être propriétaire. Quand l'immeuble pour lequel la somme a été dépensée n'appartenait plus à l'époux au jour du mariage, on ne peut plus dire que la dette est « relative à un propre », puisqu'il n'y a jamais eu de propre. C'est une dette comme une autre qui tombe en communauté sans récompense.

1285. Difficulté spéciale aux dettes de la femme. — On a déjà vu (ci-dessus, n° 1083) que si le mari paie volontairement une dette de sa femme antérieure au mariage mais n'ayant pas date certaine, la loi lui refuse tout droit à récompense (art. 1410), ce qui semble lui dénier le droit de réclamer une indemnité, quand même la dette serait relative à un propre. Mais la loi s'est mal exprimée. Elle a voulu dire simplement que si le mari paie cette dette, volontairement et sans faire de réserves, il reconnaît par là qu'elle est réellement antérieure au mariage et ne sera pas admis plus tard à en contester la date apparente. Voilà tout ce que la loi veut dire, mais rien n'empêche le mari de réclamer une indemnité conformément à l'art. 1409-1°, comme il le pourrait si la dette avait date certaine.

3° Dettes des successions ou donations immobilières échues aux époux.

1286. Principe de la récompense. — Les dettes dépendant d'une succession immobilière restent en principe à la charge de l'époux qui la recueille, puisqu'il en garde en propre l'actif. Cependant elles peuvent être poursuivies contre la communauté dans des cas et sous des conditions déjà indiquées (ci-dessus, n° 1119 et suiv.). Si la communauté les acquitte, elle a droit à récompense, car on peut dire qu'elle a payé des dettes « relatives à des propres » puisqu'elles étaient la charge de biens acquis à titre de propres.

1287. Difficulté de preuve pour les successions mixtes. — Quand la succession comprend à la fois des meubles et des immeubles, les créanciers ont souvent action pour le tout contre la communauté (ci-dessus, n°s 1118 à 1121). Celle-ci cependant ne doit supporter en définitive qu'une part des dettes, proportionnelle au mobilier qu'elle a reçu, et elle a un recours pour le surplus. Alors se présente une difficulté de preuve. Il faudra établir la proportion des meubles et des immeubles dans l'actif héréditaire, pour fixer la part contributoire de la communauté ? Cette proportion est ordinairement connue par l'inventaire, qui a dû être fait du mobilier ; mais s'il n'y a pas eu d'inventaire, comment se fera la preuve ? La loi distingue : le mari seul est en faute, car c'était lui qui devait faire dresser l'inventaire, soit en son nom personnel, si c'était lui qui succédait, soit au nom de sa femme comme administrateur de ses biens ; par suite, s'il a une réclamation à faire de ce chef, il n'aura d'autre ressource que le droit commun, c'est-à-dire la preuve par écrit, parce qu'il s'agira de plus de 150 francs ; mais la femme aura le droit de prouver la consistance du mobilier tombé en communauté par tous les moyens et même *par commune renommée*, genre de preuve déjà signalé comme exceptionnellement dangereux et comme admis seulement à titre de peine contre quelqu'un qui a commis la faute de ne pas faire dresser une preuve régulière (ci-dessus, n° 1248).

4° Amendes prononcées contre le mari.

1288. Innovation du Code. — Le paiement de l'amende due par le mari peut être poursuivi contre la communauté, comme celui d'une dette ordinaire, mais il y a lieu à récompense (art. 1424). Ceci est de droit nouveau. Anciennement le mari ne devait pas de récompense pour les amendes prononcées contre lui. Le motif du changement est le principe moderne de la *personnalité des peines*, auquel on ne donne ainsi qu'une demi-satisfaction; car l'équité voudrait que la peine ne fût infligée qu'au mari et que la part de la femme restât indemne.

1289. Controverse pour les réparations civiles. — L'art. 1424 n'a parlé que des amendes. Sa règle s'applique-t-elle également aux réparations civiles, c'est-à-dire aux indemnités allouées aux victimes du crime ou du délit commis par le mari? Si l'on s'en tenait à des considérations d'équité, on serait tenté de compléter la disposition de la loi, car il semble dur que la femme soit responsable pour moitié des délits de son mari. Mais les textes et les principes conduisent à une solution contraire : l'art. 1424 est un texte exceptionnel, que l'on ne peut pas étendre ; d'ailleurs son motif fait défaut pour les réparations civiles, qui *ne sont pas des peines* ; aucun principe du droit pénal moderne ne nous oblige à déroger pour elles au droit ancien ; la femme n'a donc droit à aucune récompense de ce chef (Cass., 9 déc. 1874, D. 75. 1. 118, S. 75. 1. 113 ; Paris, 26 mars 1885, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 62, note 1, S. 86. 2. 53).

5° Établissement d'un enfant du premier lit.

1290. Constitution d'une dot. — Il y a lieu à récompense lorsqu'un enfant du premier lit a été doté avec des valeurs tirées de la communauté (art. 1469). Un père n'est pas légalement tenu de constituer une dot à ses enfants ; par conséquent on ne peut pas dire que la communauté ait acquitté une dette personnelle à l'époux. Néanmoins il y a là pour lui un devoir moral, et, lorsque le père est remarié, lui seul est tenu de ce devoir envers ses enfants du premier lit, et non son nouveau conjoint. Il en résulte que s'il a doté son enfant avec des valeurs communes, il en doit récompense : « propriæ pecuniæ pepercit. »

Il en est de même dans les cas, très rares en pratique, où l'un des époux aurait voulu *doter personnellement* un enfant commun ; il y a lieu à récompense si la dot est prise, non sur les biens personnels du constituant, mais sur la communauté.

Mais si la constitution de dot a été faite au profit d'une personne autre qu'un des enfants, une sœur du mari, par exemple, la communauté n'a pas droit à récompense (Cass., 30 avril 1862, D. 62. 1. 523, S. 62. 1. 1036).

1291. Interprétation extensive de la loi. — Y aurait-il lieu à récompense si la somme fournie à l'enfant d'un autre lit ne lui avait pas été versée à titre de dot? Un arrêt, interprétant limitativement l'art. 1469, qui ne parle que de la dot, avait refusé de l'étendre à d'autres libéralités (Cass., 23 juin 1869, D. 70. 1. 5, S. 69. 1. 358) ; mais sa décision a été très critiquée (voyez la note de M. Beudant dans *Dalloz*) et la cour paraît revenue sur sa première décision, car elle a décidé depuis que la récompense était due pour toute espèce d'établissement, soit pour l'achat d'un *fonds de commerce*, soit pour la *prime du volontariat* (Cass., 14 avril 1886, D. 87. 1. 169, S. 86. 1. 289), soit même pour le *don manuel* d'un titre de rente (Cass., 11 nov. 1902, D. 1902. 1. 573).

6° Coupes de bois.

1292. Hypothèse prévue. — S'il existe sur le propre de l'un des époux une coupe

de bois qui aurait dû être faite pendant la communauté et qui ne l'a point été, il en sera dû récompense à l'autre époux ou à ses héritiers (art. 1403, al. 2).

7° Récoltes sur pied.

1293. Motif de la récompense. — Même règle pour les récoltes qui se trouvent sur pied au moment de la dissolution de la communauté, sur le propre de l'un des époux ; les frais en ont été faits à l'aide des deniers communs et c'est l'époux propriétaire du fonds qui va en recueillir le profit exclusif. Il devra indemniser la communauté de ses déboursés.

8° Cas controversé.

1294. Analyse de l'hypothèse. — On a vu que l'époux qui a aliéné un propre viager, moyennant une somme en capital versée à la communauté, a le droit de retirer de la communauté le prix qu'il avait stipulé. Je crois que ce droit devra lui appartenir en toute hypothèse (ci-dessus, n° 1260-2°) ; la jurisprudence le lui reconnaît seulement quand il survit à la dissolution de la communauté, mais cela suffit pour que la question que nous allons étudier se pose.

Supposons donc acquis le droit à récompense : l'époux vendeur du propre viager peut-il reprendre *le prix total* ou bien doit-il *indemniser la communauté de la diminution de revenus que la vente lui a fait subir* ? L'usufruit aliéné rapportait 1 000 francs ; on l'a vendu 12 000 francs. Désormais, à 5 pour 100, la communauté ne touche plus que 600 francs, moins encore peut-être, si elle n'a trouvé de placement qu'à un taux inférieur. Elle perd donc, au bas mot, 400 ou 500 francs par an ; si elle dure encore dix ans, c'est pour elle une perte de quatre ou cinq mille francs. A-t-elle le droit de demander qu'on lui en tienne compte ? Pothier admettait l'affirmative (*Communauté*, n° 592) et pour lui emprunter ses chiffres, au bout de dix ans, l'époux qui avait vendu son usufruit pour 12 000 francs ne pouvait plus en réclamer que 8 000 à la communauté. C'est aussi la solution qui a prévalu sous l'empire du Code en jurisprudence (Cass., 10 avril 1855, D. 55. 1. 177, S. 55. 1. 241. Comp. Cass., 13 juill. 1863, D. 63. 1. 393, S. 63. 1. 329) et dans la doctrine (Aubry et Rau, t. V, § 511, note 12 ; Laurent, t. XXII, n° 470 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 78 *bis*-viii et ix). On dit que l'époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, puisque le sacrifice subi sur les revenus, qui étaient communs, a eu pour résultat l'augmentation de son patrimoine propre.

Cependant cette décision est une suite de l'idée déjà combattue que les époux doivent en quelque sorte garantir la communauté contre les fluctuations de leurs revenus et qu'ils perdent leur liberté d'action quand il s'agit de modifier la composition de leur patrimoine (voyez ci-dessus, n° 1260-1°). En l'espèce, un propre a été aliéné : le prix, qui aurait dû rester propre à l'époux comme subrogé à la chose vendue, a été versé en fait à la communauté. Récompense est due. De quoi, sinon de ce prix entier, comme le dit l'art. 1433 ? Comp. Rodière et Pont, t. II, n° 945.

B. — Détermination du montant de la récompense.

***1295. Limitation de la récompense.** — Le calcul de la récompense ne se fait pas d'une façon aussi simple que pour celles qui sont dues aux époux : la communauté est toujours débitrice de tout ce qu'elle a encaissé, mais elle n'est pas toujours créancière de tout ce qu'elle a déboursé. Il existe ici une vieille règle qui veut que *la récompense due à la communauté n'excède jamais le profit réalisé par l'époux*. C'était ce que disait Pothier dans son « second principe » des récompenses (*Communauté*,

n° 613) et c'est encore ce que dit le Code civil, car l'art. 1437 ne donne la récompense que pour le « profit personnel » que l'époux a tiré des biens de communauté. La récompense pourra donc être de beaucoup inférieure à la valeur fournie par la communauté.

*1296. **Application du principe.** — Souvent les deux sommes seront *égales* : ainsi quand la communauté paie la *dette personnelle* de l'un des époux, l'enrichissement qui lui est procuré est justement égal à la somme déboursée, mais cela n'arrive pas toujours ; notamment il se produit de fortes différences, quand il s'agit d'*impenses* faites sur un propre.

Traditionnellement, la jurisprudence applique ici la vieille distinction romaine, formulée par Ulpien dans ses *Regulæ* à propos de la restitution de la dot. On divise les impenses en *nécesssaires, utiles* et *voluptuaires*. Pour les impenses nécessaires, le remboursement de la somme dépensée est dû en totalité, alors même que le profit actuel serait nul, par exemple si l'immeuble réparé a été depuis détruit par un incendie : on admet que l'époux se trouverait plus pauvre de toute la somme employée parce qu'il l'aurait dépensée lui-même, s'il ne l'avait pas prise dans la communauté. Pour les impenses utiles, il y a lieu simplement de rembourser la *plus-value* actuelle. C'est en ce sens que se prononcent l'opinion dominante et la jurisprudence (Cass., 14 mars 1877, D. 77. 1. 353, S. 78. 1. 5). Cet arrêt paraît avoir fixé définitivement la jurisprudence (Bordeaux, 22 janv. et 29 nov. 1880, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 106, note 1, et p. 107, note 1, S. 81. 2. 76 ; Caen, 29 nov. 1881, S. 84. 2. 145 ; Douai, 28 nov. 1885, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 123, note 1), qui était jusque-là hésitante (Paris, 6 août 1872, D. 72. 5. 94. S. 72. 2. 175 ; Limoges, 30 avril 1877, D. 77. 2. 239, S. 78. 2. 20). Comp. Laurent, t. XXII, n°s 412 et 483.

Quant aux impenses voluptuaires, elles ne donnent lieu à aucune indemnité, parce qu'elles ne produisent aucune augmentation de valeur.

C. — Mode de règlement.

*1297. **Rapport à la masse.** — Les récompenses dues à la communauté se règlent *par voie de rapport* (art. 1473). Cela veut dire que chaque époux doit restituer à la masse les sommes dont il est débiteur. C'est là pour lui une *obligation stricte,* et la femme ne peut pas s'en affranchir en renonçant à la communauté.

*1298. **Cours des intérêts.** — Ces récompenses portent intérêt de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté, comme celles qui sont dues aux époux (art. 1473). Comp. ci-dessus, n° 1265.

1299. **Procédés à employer pour effectuer le rapport.** — D'après l'opinion commune, le rapport dû à la masse devrait se faire d'une

manière réelle, par des *versements effectifs* (Aubry et Rau, t. V, § 511 *bis*, texte et note 13 ; Guillouard, t. II, n° 1017 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 127 *bis*-II ; Laurent, t. XXII, n° 492). Mais l'inutilité théorique de cette exigence a été démontrée par MM. Le Courtois et Surville (*Du contrat de mariage*, 3e édit., t. II, n° 1091), et, en fait, on ne s'y conforme pas dans la pratique : à quoi bon obliger l'un des époux à verser effectivement une somme importante à la communauté, ce qui l'obligerait à vendre des valeurs propres, ordinairement des immeubles, alors qu'il existe des procédés pratiques plus simples, qui permettent d'arriver au même résultat, sans aucune aliénation de la part de l'époux et sans aucun versement effectif à la communauté ? Le procédé rigoureux d'un rapport n'est véritablement nécessaire que dans le cas peu fréquent où la dette de l'époux envers la communauté est tellement importante que les valeurs actives existant réellement dans la masse ne suffisent pas à former le lot de l'autre époux[1]. Hors ce cas, on peut s'en dispenser et on y réussit par deux procédés différents :

1° On commence par calculer l'actif commun en y joignant sur le papier le montant de la récompense ; puis *on précompte cette somme sur la part de l'époux qui en est débiteur*. Tout se réduit alors à un jeu d'écritures ; c'est le rapport *en moins prenant* usité en matière de successions.

2° *On verse à l'autre époux une somme égale au montant de la récompense due par son conjoint*, en lui attribuant par voie de prélèvement des valeurs communes jusqu'à due concurrence ; on partage ensuite le reste de la communauté par moitié. Ici le rapport réel est remplacé par un *prélèvement* au profit de l'autre époux.

Ces deux procédés étaient déjà usités dans l'ancien droit (Pothier, *Communauté*, nos 582 et 705).

On peut encore partager la communauté comme si rien ne lui était dû ; après quoi l'époux débiteur fait confusion sur lui-même pour la moitié de sa dette et en paie l'autre moitié à son conjoint. C'était ce que l'on appelait jadis *l'opération du mi-denier*. C'est un procédé moins commode, puisqu'il exige un versement effectif égal au montant de la moitié de la récompense, mais il peut devenir nécessaire quand la communauté n'est pas riche ou ne comprend qu'un petit nombre de biens malaisément partageables.

De toute façon on doit arriver au même résultat final que si l'époux débiteur d'une récompense avait réellement versé la somme dont il était redevable, ce qui permet une vérification facile de l'exactitude du procédé employé.

[1] Exemple : la communauté a un actif actuel de 30 000 francs ; l'un des époux lui doit 50 000 francs de récompenses ; la part de l'autre époux serait donc de 40 000 francs, que la communauté ne suffit pas à parfaire si aucun rapport effectif n'est opéré. Il est alors nécessaire que l'époux débiteur de récompenses rapporte 10 000 francs en espèces ou en nature.

§ 4. — *Autres additions à la masse commune.*

1300. Énumération. — La communauté ne se compose pas seulement des biens existants et du montant des récompenses. Il faut encore ajouter :

1° *Les fruits échus ou perçus depuis la dissolution*, qui viennent grossir la masse à partager. Voyez toutefois, pour les fruits dus à l'industrie de l'un des époux, Cass., 28 avril 1884, D. 84. 1. 329, S. 86. 1. 294 ; Paris, 21 févr. 1893, D. 93. 2. 465, S. 94. 2. 189[1].

2° Les *immeubles aliénés par le mari depuis la dissolution*, car il avait perdu ses pouvoirs et n'a pu en transmettre la propriété à des tiers. Mais les acquéreurs d'objets mobiliers corporels seraient protégés par l'art. 2279, hors le cas de mauvaise foi.

3° Les immeubles dont le mari aurait *disposé d'une façon irrégulière au cours de la communauté*, soit en faisant des donations qui ne lui étaient pas permises, soit en disposant des biens communs en fraude des droits de la femme.

Toutefois, ces divers biens ne seront provisoirement réunis à la masse que d'une manière fictive, car les aliénations resteront valables s'ils sont mis au lot du mari (comp. Cass,, 28 avril 1851, D. 51. 1. 145, S. 51. 1. 442).

SECTION II. — Partage de l'actif.

***1301. Division.** — Après que la reprise des propres a été effectuée et que toutes les récompenses ont été réglées par voie de prélèvement ou de rapport, il n'y a plus qu'à partager l'actif. Ordinairement *cet actif se partage par moitié* entre les époux (art. 1574) ; on doit donc en faire deux parts égales. Mais cette règle souffre des exceptions de deux sortes : les unes sont prévues et réglées par le contrat de mariage, les autres ont des causes postérieures au mariage.

Rappelons que les biens réservés sont compris dans la masse commune au cas où la femme accepte.

§ 1. — *Inégalités résultant des conventions matrimoniales.*

A. — Préciput.

1302. Définition. — On appelle « préciput » la clause par laquelle l'un des époux, ordinairement le survivant, a le droit de prélever avant tout partage certains objets de communauté ou une somme déterminée (art. 1515). « Préciput » vient de *præcipere*.

[1] Dans la pratique, le notaire arrête les comptes de la communauté, non au moment de sa dissolution, mais à l'époque des opérations de la liquidation, qui peut être bien postérieure. Cet usage n'a généralement pas d'inconvénients ; il peut cependant aboutir à léser certains intérêts, auquel cas ce système doit être rejeté et la communauté liquidée dans l'état où elle se trouvait au jour de sa dissolution, seul système conforme à la loi (Cass., 8 juin 1868, D. 71. 1. 224, S. 68. 1. 359 ; Bordeaux, 28 avril 1896, D. 98. 2. 24).

La loi l'appelle le préciput « conventionnel » parce qu'il y avait autrefois un préciput légal au profit du survivant des époux nobles (Coutume de Paris, art. 238). Ce préciput légal n'existe plus, de sorte que l'épithète conservée dans la loi est devenue inutile et même dangereuse, car elle pourrait faire croire à l'existence d'une seconde espèce de préciput.

***1303. Au profit de qui le préciput est stipulé.** — En général la clause est *réciproque* et profite au survivant des époux, quel qu'il soit, au mari aussi bien qu'à la femme ; mais on peut en faire une clause *unilatérale*, au profit d'un seul des deux époux, soit du mari, soit de la femme.

***1304. Pour quel cas il est stipulé.** — En général c'est seulement *pour le cas de survie* que le préciput est stipulé, et c'est ce que suppose la loi, mais il n'y a rien là d'obligatoire, et on pourrait tout aussi bien l'attribuer à l'un des époux spécialement désigné, pour que celui-ci le recueille quel que soit le mode de dissolution de la communauté.

Quand le préciput appartient à la femme, elle n'y a droit en principe qu'autant qu'elle accepte : *le préciput suppose le partage* ; si elle renonce, elle perd son droit. Toutefois elle peut, par une clause spéciale, se réserver le droit de réclamer son préciput *même en renonçant* (art. 1515, al. 1). Ces sortes de clauses sont très fréquentes dans la pratique et presque de style ; mais, en ce cas, le préciput ne mérite plus son nom.

***1305. Objet du préciput.** — Ordinairement le préciput s'applique à certains objets que l'époux désire conserver pour lui à tout événement. Ainsi la femme se réserve le droit de reprendre ses bijoux et effets personnels ; en ce cas on en fixe la valeur en argent, et la femme choisit les objets qu'elle préfère dans la limite du chiffre convenu. Souvent encore le préciput s'applique à tout le mobilier en nature, ameublement, argenterie, linge, etc., de façon à permettre au survivant de continuer à vivre au milieu des objets qui lui sont familiers sans l'obliger à les partager avec des collatéraux.

***1306. Sur quels biens le préciput s'exerce.** — En principe les biens qui font l'objet du préciput ne peuvent être pris que dans la communauté, puisqu'il s'agit d'avantager l'un des copartageants. Cependant, lorsque la femme s'est réservé son droit au préciput même au cas de renonciation, le préciput change de nature si elle renonce, puisqu'il n'y a plus de communauté à partager ; il devient une dette du mari et peut être exercé même sur ses biens personnels. Comp. Besançon, 10 juill. 1907, P. et S. 1908. 2. 121, et la note de M. Wahl.

***1307. Nature du préciput.** — Le préciput constitue certainement un avantage pour l'époux au profit duquel il est stipulé. Est-il une véritable libéralité ? La loi a prévu la question et y a répondu dans l'art. 1516, mais d'une manière incomplète. Elle se borne à déclarer que le préciput est *dispensé des formalités des donations*.

Remarquons tout d'abord que cette dispense des formes accordée au préciput est complètement inutile. A quelles formalités pourrait-elle bien s'appliquer? Ce n'est pas à l'*authenticité*, qui existe nécessairement puisque le préciput est contenu dans un contrat de mariage (art. 1394). Ce n'est pas l'*acceptation expresse*, car toutes les donations faites par contrat de mariage en sont dispensées (art. 1087). Ce n'est pas la *présence réelle du second notaire*, car cette formalité n'est pas exigée pour les donations contenues dans les contrats de mariage (L. 21 juin 1843). Ce n'est pas la *transcription*, parce que le préciput porte ordinairement sur des meubles, l'*état estimatif*, parce que cette formalité, comme la précédente, n'est pas nécessaire pour les donations de biens à venir. La dispense des formes accordée au préciput se trouve ainsi sans objet et l'art. 1516 serait inutile, si on ne lui trouvait une autre signification ; il a pour but de décider que le préciput *n'est pas une libéralité*, mais une *convention de mariage*, c'est-à-dire un acte à titre onéreux, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de lui appliquer les règles des donations, *ni dans le fonds ni dans la forme*. Ce texte a été maladroitement copié dans Pothier qui disait : « La convention de préciput renferme un avantage. Néanmoins elle est regardée plutôt comme convention de mariage que comme donation, et en conséquence elle n'est point sujette à la formalité de l'insinuation » (POTHIER, *Communauté*, n° 442). Cela était clair et utile à dire du temps de Pothier ; on a eu le tort d'énoncer la conséquence sans rappeler le principe et sans s'apercevoir que ce qui était exact pour l'insinuation ne l'est plus pour les formalités modernes des donations.

La question a été controversée parmi les auteurs modernes. Les uns (DELVINCOURT, BUGNET sur Pothier, COLMET DE SANTERRE) ont établi une antithèse entre l'art. 1516 et l'art. 1525, ce dernier parlant d'avantages qui ne sont point sujets aux règles des donations, « soit quant au fond, soit quant à la forme » ; et ils ont décidé par suite que la dispense n'étant accordée que pour les formes, le préciput restait soumis pour le fonds aux règles des donations. Mais l'opinion commune est aujourd'hui bien fixée en sens contraire et le préciput est regardé à tous égards comme une convention de mariage. C'est la tradition de notre droit et l'art. 1525 fournit un argument à fortiori, puisqu'il en décide ainsi pour une clause beaucoup plus avantageuse que le préciput.

1308. Conséquences. — Les principales conséquences sont les suivantes :

1° RAPPORT. — Si l'époux préciputaire était parent de son conjoint et vient à sa succession avec d'autres héritiers, il n'est pas obligé de rapporter le montant de son préciput.

2° RÉDUCTION. — Si les enfants nés du mariage ne trouvent pas leur réserve intacte, ils ne peuvent pas s'en prendre à l'époux préciputaire : celui-ci n'a pas reçu une libéralité qu'on puisse faire réduire. Il y aurait seulement lieu à l'*action en retranchement* dans l'hypothèse prévue par l'art. 1527, al. 3 (ci-dessous, n°s 1402 et suiv.).

3° Révocation pour ingratitude. — Le préciput n'est pas révocable pour ingratitude dans les conditions ordinaires. Cependant, en cas de séparation de corps ou de divorce, l'époux coupable perd son droit au préciput (art. 299 et 1518 cbnés). L'art. 299 fait perdre à l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé « tous les avantages » que l'autre époux lui avait faits, et il résulte des termes de l'art. 1518 que cette déchéance s'applique au préciput, puisque l'époux innocent qui a obtenu le divorce ou la séparation en conserve seul le bénéfice pour le cas où il survivrait à l'autre.

Sur la controverse à laquelle a donné lieu, pour son application à la séparation de corps, l'art. 299, qui vise uniquement le cas de divorce, voyez t. I, n° 1332.

1309. Effet de la clause de préciput. — Cette convention ne rend pas l'époux préciputaire immédiatement propriétaire des biens qu'il prélèvera, et il n'en a pas même la propriété sous condition. Les biens compris dans le préciput ne lui sont pas propres ; ils restent dans la communauté, de sorte que le mari peut les aliéner et que les créanciers de la communauté peuvent les saisir (art. 1519). L'époux a seulement le droit de les prélever, et ce prélèvement se fait sur l'actif net.

***1310. Ouverture du préciput.** — Presque toujours le préciput est stipulé pour le cas de survie, et c'est ce que prévoit l'art. 1515. Il peut alors se présenter une difficulté : si la communauté se dissout du vivant des deux époux par l'effet d'un divorce, d'une séparation de corps ou d'une séparation de biens, l'époux préciputaire, au cas où il n'est pas déchu de son droit par application de l'art. 299, ne peut pas néanmoins exiger immédiatement la délivrance de son préciput, car on ne sait pas encore s'il survivra à son conjoint et si la condition d'où dépend son droit sera remplie (art. 1452). Provisoirement, le partage devra donc avoir lieu par parts égales, ce qui fait que l'époux préciputaire ne se trouve nanti que de la moitié de son préciput ; les objets qui devaient le composer ont été partagés comme le reste, et l'autre moitié se trouve aux mains de l'autre conjoint. Il peut même arriver, si c'est la femme qui a droit au préciput, qu'elle n'en ait pas même la moitié, car tout reste aux mains du mari si elle renonce à la communauté.

En pareil cas, l'époux préciputaire ne peut pas exiger que son conjoint, possesseur de tout ou partie des objets compris dans le préciput, lui fournisse une garantie de leur restitution, telle qu'une caution ou une hypothèque. Un créancier n'a pas le droit d'exiger de son débiteur des sûretés particulières si celui-ci n'y consent pas. Mais la loi déroge à cette règle pour le cas de divorce ou de séparation de corps. Le mari qui garde provisoirement les biens soumis au préciput doit fournir une caution à sa femme (art. 1518, *in fine*). Pour expliquer cette dérogation au droit commun, on fait remarquer que la renonciation de la femme élève une présomption d'insolvabilité contre le mari et la communauté et justifie cette mesure de protection pour la femme. — Cette décision de l'art. 1518 est une disposition exceptionnelle, qui ne doit pas être étendue à d'autres cas, même au profit de la femme. Cependant il y a eu à cet égard des opinions contraires (voyez Odier, t. II, n° 881 ; Troplong, t. III, n° 2135).

B. — Fixation de parts inégales.

1311. Utilité de cette clause. — Il est permis aux futurs époux de convenir que leur communauté se partagera inégalement entre eux, que l'un aura seulement le tiers, le quart, ou toute autre partie, et que l'autre prendra le surplus (art. 1520).

Le plus souvent ces clauses ont pour but de *favoriser le survivant*, en lui donnant une part plus forte que celle qui reviendra aux héritiers du prédécédé. Souvent aussi on subordonne cette convention à la condition *qu'il n'y ait pas d'enfants du mariage.*

La clause peut avoir aussi un autre but : elle sert à rétablir entre les époux l'égalité rompue par la différence de leurs apports en communauté, surtout quand l'un d'eux a un talent ou une profession lucrative qui enrichit cette communauté, alors que rien n'y entre, ou peu de chose, du chef de l'autre conjoint.

Cette clause a sa répercussion sur le passif (ci-dessous, n° 1346).

C. — Forfait de communauté.

1312. Analyse sommaire. — On appelle ainsi la clause par laquelle l'un des époux *vend à l'autre sa part de communauté pour une somme fixe*, de sorte que l'un d'eux gardera tous les biens communs à la condition de payer à l'autre la somme convenue. Cette clause est prévue, en même temps que d'autres, dans l'art. 1520. Comp. art. 1522. Elle mérite son nom de *forfait*, puisque l'un des époux se soustrait d'avance aux chances, bonnes ou mauvaises, de la vie, en fixant par un chiffre sa part dans la masse commune. C'est une *convention aléatoire* : chacun d'eux peut y perdre ou y gagner. Elle aussi a sa répercussion sur le passif (ci-dessous, n° 1347).

D. — Attribution de la communauté entière à l'un des époux.

1312 *bis*. Bibliographie. — G. Degand, *Des conventions modificatives du partage égal de la communauté entre époux*, thèse, Paris, 1916.

1313. Caractère exceptionnel de la clause. — Il est encore permis aux époux d'attribuer la communauté entière à l'un d'eux, soit au survivant, quel qu'il puisse être, soit à l'un d'eux, le mari ou la femme, pour le cas où il survivrait (art. 1525, al. 1). Cette faculté déroge gravement aux règles des sociétés ordinaires. Voyez l'art. 1855 et ci-dessus, n° 796. Elle est du reste soumise à diverses règles qui en corrigent l'effet. Voyez les n^{os} suivants.

1314. Reprise des apports de l'autre époux. — L'effet de cette clause serait exorbitant, s'il n'était tempéré par la loi, qui autorise l'autre époux ou ses héritiers à retirer les biens tombés de son chef dans la communauté. Cette reprise porte non seulement sur les biens présents, ceux qu'avait l'époux au jour du mariage, mais même sur les biens qu'il a recueillis au cours du mariage, par exemple par succession. Les mots « et capitaux » ont été insérés dans l'art. 1525 à la demande du Tribunat afin de bien marquer que la reprise ne se bornait pas aux apports primitifs.

Du reste, il y a lieu de déduire du montant de la reprise les *dettes* dont ces apports ou successions étaient grevés et qui auraient pu être acquittées par la communauté.

En somme la convention consiste à attribuer à l'un des époux la totalité des *acquêts* ; c'est le profit net qu'il en retire.

1315. Convention contraire. — La reprise des apports est *de droit* ; elle est accordée par la loi et il n'est pas besoin pour cela de stipulation particulière, mais la loi ne l'impose pas et une convention contraire pourrait la supprimer (Douai, 9 mai 1849, S. 50. 2. 180).

1316. Droits de l'époux sur ses reprises. — L'époux qui est exclu du partage de la communauté en retire ses apports *à titre de propriétaire*, et par suite les créan-

ciers personnels de son conjoint ne peuvent pas saisir les valeurs ou capitaux qui lui sont attribués pour ses reprises (Bordeaux, 5 mai 1887, D. 89. 2. 7, S. 90. 2. 124).

1317. Faculté de renonciation de la femme. — Quand la clause profite à la femme, celle-ci conserve naturellement son droit d'option ; elle a le droit de prendre la communauté entière, *si elle accepte*, mais elle n'est pas obligée d'accepter.

E. — Caractère onéreux de ces clauses.

1318. Disposition du Code. — D'après la disposition formelle de l'art. 1525, al. 2, la clause qui attribue à l'un des époux la totalité de la communauté « n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés ». Il en résulte que toutes les solutions déjà indiquées à propos du préciput (ci-dessus, n° 1308) doivent s'appliquer à ce genre de conventions : elles ne sont ni *réductibles*, ni *rapportables*, ni *révocables* dans les cas où le serait une donation ordinaire ; le tout en principe, et sauf exception pour le cas où il y aurait des enfants d'un premier lit, ce qui donnerait lieu à l'application des art. 1496 et 1527 (ci-dessous, n°s 1396 et suiv.). Cette décision de l'art. 1525 est considérée comme commune à toutes les clauses prévues par les art. 1520 à 1525.

1319. Solutions en matière d'enregistrement. — Une des conséquences de l'art. 1525 est que l'administration de l'enregistrement n'est pas autorisée à percevoir le droit de mutation qui frappe les libéralités. Ce point a toujours été admis en jurisprudence (Cass., 20 janv. 1830, S. chr. 9. 1. 435 ; Cass., 1er août 1855, S. 56. 1. 68). Mais lorsqu'il fut reconnu qu'une clause contraire pouvait priver l'époux, auquel la communauté n'est pas attribuée, du droit de retirer ses apports dans la masse commune, que lui accorde l'art. 1525, l'enregistrement fit juger que, si ces apports étaient attribués à l'autre époux, soit en propriété, soit en usufruit, en même temps que les bénéfices de la communauté, la clause perdait son caractère de convention de mariage pour devenir une véritable libéralité, et que, par suite, le droit proportionnel devenait exigible sur tout l'avantage qu'en retirait l'époux bénéficiaire de la clause (Cass., 24 déc. 1850, D. 51. 1. 613). Dans ce système, le caractère onéreux que l'art. 1525 prête à toutes ces clauses est considéré comme une *fiction* et du moment où les époux sortent des termes précis de la loi pour faire autre chose ils ne sont plus admis à en bénéficier.

1320. Revirement de jurisprudence. — La jurisprudence inaugurée en 1850, qui vient d'être indiquée, s'est maintenue longtemps ; elle avait même été étendue aux questions de droit civil, en sorte que l'attribution entière de la communauté devenait *réductible* au cas où elle excédait la quotité disponible (Cass., 15 janv. 1872, D. 72. 1. 101, S. 72. 1. 35). Mais la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence par deux arrêts remarquables.

1° Un arrêt des Chambres réunies a d'abord décidé que les clauses prévues par les art. 1520 à 1524, c'est-à-dire celles qui n'attribuent à l'un des époux qu'une partie (et non la totalité) de la communauté ne constituent jamais des libéralités et ne peuvent donner lieu à aucun droit d'enregistrement sur le contrat de mariage, ni lors de la réalisation de la stipulation (Cass., ch. réun., 19 déc. 1890, D. 91. 1. 417, S. 91. 1. 129 et les notes sous cet arrêt).

2° Neuf ans plus tard, un arrêt de la Chambre civile est venu étendre cette solution aux clauses d'attribution universelle de la communauté prévues par l'art. 1525 : cet arrêt a décidé que l'attribution totale des biens communs ne cesse pas de constituer une convention de mariage, lorsqu'elle porte même sur les apports de l'autre époux, et qu'elle échappe à ce titre aux règles des donations, et notamment à l'art. 1094, qui fixe la quotité disponible entre époux (Cass., 2 août 1899, D. 1901. 1. 433, et la note de M. Ambroise Colin, S. 1900. 1. 233, et la note de M. Ferron).

§ 2. — *Inégalités résultant de faits postérieurs au mariage.*

A. — Stipulation d'une rente viagère réversible.

1321. Analyse de l'hypothèse. — On suppose que les deux époux acquièrent ensemble une rente viagère pendant leur mariage, dans des conditions telles que cette rente soit un *conquêt*, et non un propre. Par exemple, ils vendent un conquêt de communauté pour une rente viagère, et ils stipulent que cette rente reposera *sur la tête du dernier mourant*. A la dissolution de la communauté, cette rente, qui subsiste encore en entier, se trouve *parmi les créances communes* et doit être *partagée* ; par suite les arrérages à échoir se diviseront entre l'époux survivant et l'héritier de l'autre. Ce résultat est presque toujours contraire à l'intention des époux qui voudraient faire profiter le survivant de la totalité des arrérages. Dans ce but ils conviennent que la rente viagère sera *réversible au profit du survivant*, qui la touchera seul.

1322. Jurisprudence. — Cette clause est-elle valable? Tout le monde l'admet aujourd'hui. L'opinion contraire, proposée par MM. Aubry et Rau, parce qu'il ne peut pas dépendre d'un époux de se créer des propres à volonté, n'est plus défendue ; mais on n'est pas d'accord sur les motifs et sur la façon de raisonner. Deux systèmes différents se sont produits dans la jurisprudence. D'après le premier, la convention aurait un *caractère aléatoire* et l'époux survivant recueillerait la totalité de la rente, *sans être astreint à aucune récompense*. Il n'y aurait pas d'avantage à son profit, parce que la clause était réciproque et aurait pu procurer le même avantage à son conjoint (Rennes, 3 janv. 1861, S. 61. 2. 591 ; Besançon, 23 mai 1871, D. 72. 2. 215, S. 74. 2. 310). Mais la Cour de cassation n'a pas admis cette interprétation ; elle oblige l'époux survivant, qui recueille seul toute la rente et en perçoit tous les arrérages, *à payer à la communauté une récompense*, et cette récompense est calculée d'après la valeur qu'a la rente viagère au jour de la dissolution de la communauté ; les héritiers de l'autre époux ont droit *à la moitié de cette valeur* (Cass., 29 avril 1851, D. 52. 1. 25, S. 51. 1. 329 ; Cass., 16 déc. 1867, D. 68. 1. 270, S 68. 1. 118 ; Cass., 20 mai 1873, D. 74. 1. 72) et les Cours d'appel jugent aujourd'hui dans le même sens (Paris, 26 juin 1880, D. 81. 2. 207 ; Lyon, 6 janv. 1881, D. 82. 2. 169, S. 84. 2. 146)[1]. Voyez cependant Paris, 6 nov. 1903, D. 1904. 2. 177, et la note de M. Coquelin, qui donnent une autre base pour le calcul de la récompense. Voyez aussi Rouen, 10 févr. 1909, P. et S. 1910. 2. 81, et la note de M. Dalmbert ; trib. de Laval, 17 janv. 1907, et Grenoble, 13 et 26 nov. 1912, D. 1913. 2. 129, avec une note de M. Dupuich.

1323. Observations critiques. — On peut faire à cette jurisprudence un double reproche :

1° Elle ne permet pas de dire à quel titre l'époux survivant prend pour lui la totalité de la rente. Est-ce comme propre? Est-ce comme conquêt? Des deux côtés il y a une égale impossibilité, ou tout au moins un résultat non expliqué.

2° On ne réalise pas l'intention des époux, car si le survivant paie à beaux deniers comptants la moitié de la rente qui ne lui appartient pas, tout l'avantage de la combinaison est perdu pour lui, car il obtiendrait la même moitié de rente en traitant avec n'importe quelle compagnie d'assurances, et il est clair que les époux ont entendu lui en assurer la jouissance, par le seul effet de leur convention.

Il est possible de valider la clause de réversibilité en lui attribuant un autre caractère et d'autres effets. On peut la considérer comme contenant une *donation réciproque* par chaque époux à l'autre, de sa part dans la rente pour le cas de survie. Avec cette inter-

[1] Comparez la jurisprudence suivie en matière de partages d'ascendant, qui applique l'art. 1097 et déclare nulle la double donation comme contenue dans un seul et même acte (Cass., 26 mars 1855, D. 55. 1. 63, S. 55. 1. 355 ; Cass., 19 janv. 1881, D. 81. 1. 181, S. 81. 1. 108 ; Paris, 23 juill. 1900, D. 1900. 2. 492).

prétation le survivant recueille la rente entière à deux titres distincts : 1° pour sa moitié comme commun en biens, 2° pour l'autre moitié comme donataire de son conjoint. Il est de plus dispensé de toute récompense envers la communauté puisqu'il bénéficie d'une libéralité. L'intention des parties se trouve ainsi remplie. Cette donation est valable, quoiqu'elle soit contenue dans un *acte sous seing privé* et faite double par le *même acte*, puisqu'elle résulte d'une simple clause insérée dans un contrat de vente, la stipulation d'une rente comme prix. Les art. 931 et 1097 ne sont pas applicables ici grâce à l'art. 1973 : on sait que ce texte dispense la constitution de rente viagère, même quand elle a le caractère d'une libéralité, des formes prescrites pour les donations, lorsqu'elle est contenue comme accessoire dans une convention à titre onéreux (Labbé, note dans *Sirey*, 65. 2. 4). Malheureusement ce système ingénieux, qui atteint pleinement le but à l'aide d'une donation sous-entendue, n'est pas suivi dans la pratique, mais il dépendrait des parties, je crois, de l'adopter expressément dans la rédaction de leur convention en déclarant se donner mutuellement la moitié de la rente.

B. — Assurances sur la vie.

1324. Jurisprudence. — La question qui se présente pour les assurances sur la vie est la même que celle qui vient d'être examinée pour la réversibilité des rentes viagères. L'époux qui s'est assuré sur la vie est créancier d'un capital promis par la compagnie d'assurances. Cette créance, qui est *mobilière*, figure dans la communauté ; mais l'assuré peut stipuler que le capital promis sera payé à son conjoint survivant et lui appartiendra en totalité. Cette clause est valable comme contenant une stipulation pour autrui faite à titre de donation conformément à l'art. 1121, et elle est dispensée des formes des donations, par application du principe formulé dans l'art. 1973 (Cass., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, S. 77. 1. 393, note de M. Labbé ; Cass., 2 mars 1881, D. 81. 1. 401, S. 81. 1. 145, note de M. Labbé).

La jurisprudence a donc admis ici le raisonnement qu'elle omet d'appliquer à la réversibilité des rentes viagères. Il n'y a aucune raison logique ou pratique pour faire une telle différence entre les deux hypothèses. La seule explication est que la question s'est présentée trop tôt pour les rentes viagères réversibles, et que M. Labbé, qui en est le principal auteur, n'avait pas encore écrit ses notes du *Sirey* (S. 65. 2. 4 et 74. 2. 310).

C. — Recel.

1325. Effet du recel. — Nous avons déjà rencontré le recel comme emportant acceptation tacite de la communauté, effet qui ne peut s'appliquer qu'à la femme qui seule a le droit de renoncer. Mais le recel produit une autre conséquence, qui atteint le mari aussi bien que la femme : l'époux recéleur est privé de sa part dans les objets qu'il a voulu s'approprier. Ces objets sont attribués en totalité et hors part à l'autre époux, qui se trouve avoir ainsi plus de la moitié des biens communs (art. 1477).

1326. Caractère civil de l'action. — Le recel n'est pas considéré par la loi comme un délit de droit pénal, mais simplement comme un *délit civil*. En conséquence l'action en restitution des objets détournés peut être exercée même contre les héritiers de l'époux coupable ; il s'agit d'une simple réparation pécuniaire, et c'est le droit commun en matière de faits dommageables (Cass., 4 déc. 1844, S. 45. 1. 191).

1327. Action contre les tiers. — Bien que les tiers ne soient pas à proprement parler complices d'un délit, ils sont solidairement responsables du dommage causé à l'autre époux par le détournement auquel ils ont concouru (Cass., 24 avril 1865, D. 65. 1. 291, S. 65. 1. 220). Toutefois il semble que la responsabilité des tiers ne doive pas s'étendre au delà de la valeur des objets détournés, tandis que le recel constitue pour la femme un acte d'immixtion qui l'oblige au delà de cette valeur pour tout le montant ou pour la moitié de la dette.

1328. Prescription. — La seule prescription possible est la prescription trentenaire (art. 2262); l'art. 2 C. inst. crim., qui réduit à trois ans la prescription des actions nées d'un délit, n'est pas applicable au délit civil appelé recel (Cass., 17 avril 1864, S. 67. 1. 205).

1329. Recel commis par un mineur. — Le mineur lui-même subit la peine civile édictée par l'art. 1477, quand il est capable de discernement, car il est tenu de réparer le tort qu'il cause et s'oblige valablement par son délit (art. 1310).

1330. Combinaison du recel et des récompenses. — Bien que les choses ou valeurs qui ont fait l'effet d'un recel ne soient pas comprises dans le partage, on doit néanmoins les faire figurer dans la masse commune pour l'exercice des actions en reprise que l'époux coupable peut posséder. C'est une solution conforme à l'ancienne jurisprudence (Bourjon, t. I. p. 599; Lebrun, *Communauté*, p. 413, n° 35; Renusson, *Communauté*, chap. xi, *Suppl.*, p. 125). Refuser à l'époux auteur du recel toute action pour ses reprises sur les valeurs qu'il avait détournées, comme on lui refuse l'action en partage, serait le priver de sa créance d'indemnité, et par suite l'atteindre même dans ses biens propres et non pas seulement dans sa part de communauté. Ce serait donc aller au delà des termes de l'art. 1477 (Cass., 10 janv. 1865, D. 65. 1. 5, S. 65. 1. 40; Paris, 19 juill. 1872, D. 72. 2. 220).

D. — Effet de l'option des héritiers de la femme.

1331. Accroissement au profit du mari. — Quand la femme meurt la première, son droit d'option se divise entre ses héritiers (art. 1475). Grâce à la liberté du choix laissé à chacun d'eux individuellement, on peut arriver à des partages de communauté en lots tout à fait inégaux, si les uns acceptent alors que les autres renoncent. Les parts des renonçants restent au mari qui se trouve ainsi garder beaucoup plus de la moitié de la communauté puisqu'il joint d'autres parts à la sienne (art. 1475, al. 2). L'accroissement se faisant ainsi au profit du mari, on applique ici une règle toute différente de celle qui gouverne l'accroissement entre héritiers : quand un ayant droit, qui concourt avec d'autres représentants de la même branche dans le partage par souches, vient à renoncer, sa renonciation profite exclusivement aux autres héritiers issus de la même souche ; cette espèce d'accroissement n'a pas lieu au profit des représentants de la femme.

§ 3. — *Mode et effets du partage.*

1332. Assimilation avec le partage des successions. — En principe le partage d'une communauté se fait *comme le partage d'une succession*. Cette assimilation est écrite dans l'art. 1476, qui renvoie aux règles des successions pour tout ce qui concerne les *formes* du partage, la *licitation* des immeubles, quand elle a lieu, les *effets* du partage, la *garantie* et les *soultes*[1]. Il a déjà été dit (t. II, n° 2302) que le partage est une opération qui se présente dans toutes les indivisions non perpétuelles et que le Code avait eu tort de s'en occuper uniquement à propos des successions.

[1] Faut-il appliquer aux *créances* dépendant de l'actif d'une communauté, le principe de la division de plein droit écrit dans l'art. 1220 pour le cas de succession? La jurisprudence n'est pas bien fixée. Voyez sur cette question la note du *Dalloz* sous Trib. civ. de Toul, 28 janv. 1902, D. 1903. 1. 465 et les renvois. Il me paraît que la division de plein droit est un principe général, qui s'applique aux créances communes comme aux autres, quand elles ne sont pas solidaires.

Malgré cette assimilation générale, il y a cependant quelques différences.

A. — Formes du partage.

***1333. Composition des lots.** — Plusieurs restrictions sont apportées au principe qui veut que les lots de tous les copartageants soient composés de biens de même nature (art. 832). Il arrive en effet assez souvent que l'un des époux a le droit de reprendre un ou plusieurs biens qui font partie de l'actif commun.

1° Immeubles ameublis. — L'art. 1509 accorde à l'époux qui a ameubli un immeuble le droit de le reprendre en nature, s'il existe encore au jour de la dissolution de la communauté, à la charge de le précompter sur sa part.

2° Offices. — Si le mari possède un office acheté par lui pendant le mariage, cet office est un conquêt, et le mari n'en est propriétaire que pour la moitié. Mais ceci n'est vrai que de *la valeur vénale de l'office* ; quant au *titre*, il est inséparable de la personne du mari. Par conséquent, si le mari survit à la dissolution de la communauté, il conserve nécessairement son office et il l'impute sur sa part, sauf à tenir compte de l'excédent à ses copartageants, si la valeur de l'office dépasse la moitié de la communauté, (Cass., 6 janv. 1880, D. 80. 1. 361, S. 81. 1. 49, note de M. Labbé).

3° Fonds de commerce. — Une clause très fréquente dans les contrats de mariage permet au survivant des époux de *conserver pour lui seul le fonds de commerce* exploité par eux en commun. Cette convention s'applique également au *droit au bail d'une exploitation rurale*, pour lequel elle offre des avantages tout pareils. Ces clauses n'augmentent pas l'étendue des droits du conjoint dans la communauté ; elles l'obligent à précompter sur sa part la valeur du fonds qu'il conserve, y compris le matériel et ses marchandises, avec charge d'une soulte pour l'excédent si leur valeur totale dépasse celle de la part qui lui doit revenir (Cass., 7 avril 1856, D. 56. 1. 207, S. 56. 1. 538). — Elles offrent une utilité considérable en permettant d'éviter des liquidations désastreuses : d'après le droit commun, l'époux survivant serait obligé de partager le fonds de commerce ou de le liciter, et cela souvent au profit de collatéraux éloignés qui n'en tireront pas le même parti que lui [1]. En laissant ce fonds au survivant, on fait disparaître un des griefs les plus sérieux qu'adressent à la communauté ses adversaires. Pour se faire une idée pratique de ces clauses, il faut lire les formules usuelles données par Rodière et Pont, à la fin de leur t. III.

1334. Partages en usufruit. — Une pratique assez peu connue, mais dont on voit cependant des exemples, rend d'utiles services. On procède au partage entre le conjoint survivant et les enfants en donnant au premier l'usufruit de la communauté, aux derniers la nue propriété. Une telle convention est valable, si tous sont majeurs, et que personne ne subisse une lésion de plus du quart. — Sur les questions que soulèvent ces

[1] L'application de la clause suppose que le mari a conservé le fonds de commerce jusqu'à la dissolution de la communauté ; s'il en a disposé auparavant, par exemple pour se mettre en société avec un tiers, le droit de la femme peut se trouver compromis, car la clause n'apporte aucune entrave au droit de disposition du mari sur ce fonds de commerce, qui est un bien de communauté (Cass., 24 mars 1903, D. 1905. 1. 33). — Pour le cas où la femme a renoncé à la communauté, voyez Trib. de Coulommiers, 8 mai 1903, S. 1906. 2. 23.

partages au point de vue fiscal, voyez Cass., 5 mars 1883, D. 83. 1. 396, S. 84. 1. 133; Cass., 19 juill. 1887, D. 88. 1. 121, S. 88. 1. 387.

1335. Autres différences. — Ce n'est pas seulement l'art. 832 qui devient inapplicable aux partages de communauté. Il en est de même : 1° de l'art. 841, qui établit le *retrait successoral* : si l'un des époux a vendu sa part de communauté, l'acquéreur ne peut pas être écarté par l'exercice du retrait ; 2° de l'art. 826, d'après lequel les meubles doivent être vendus pour payer les dettes, si la majorité des héritiers le désire : une pareille majorité ne peut pas se former dans une indivision qui ne comprend que deux têtes.

B. — Effets du partage.

* **1336. Effet déclaratif.** — Comme le partage des successions, le partage d'une communauté est *déclaratif* ; ce caractère du partage tient à sa nature même et non à l'origine de l'indivision des biens partagés [1]. Mais en ce qui concerne la communauté, la rétroactivité du partage demande quelques explications.

L'effet déclaratif *remonte au jour où l'indivision a commencé*. Quel est ce jour? Si la communauté était considérée comme une personne morale, l'indivision ne commencerait entre les époux que le jour de sa dissolution ; là s'arrêterait par suite l'effet déclaratif du partage. Mais la communauté n'a aucune personnalité ; elle n'est qu'une simple masse indivise entre les deux époux. Il résulte de là que l'effet rétroactif remonte *pour chaque bien* attribué à l'un des époux *jusqu'au jour où il est entré dans la communauté* ; pour ceux qui y sont entrés le jour du mariage, en qualité de « biens présents », l'époux qui en est attributaire en est donc réputé propriétaire exclusif dès ce jour.

Cela paraît un résultat considérable, et cependant il n'y a pas grand intérêt à le constater. D'une part, les *pouvoirs* que le mari possédait sur la communauté lui ont permis d'aliéner ou de grever d'hypothèques et de servitudes les biens attribués à sa femme tout aussi bien que ceux qui sont mis dans son lot ; d'autre part, la femme, en sa qualité d'*incapable*, n'a pu rien faire qui soit valable sur les biens de la communauté, tant que celle-ci a duré. Or *le partage n'efface ni les pouvoirs du mari, ni l'incapacité de la femme*. De telle sorte que le sort de leurs actes ne dépend du résultat du partage qu'à partir du jour où la communauté s'est dissoute, comme si l'indivision n'avait réellement commencé entre eux que ce jour-là.

En outre, le caractère déclaratif et non translatif du partage dispense les époux de payer les droits de mutation qui seraient dus si on traitait le partage de la communauté comme les cessions à titre onéreux.

[1] Sur la question de savoir si le principe de l'art. 1220 (division de plein droit des *créances*) s'applique à des *titres* (obligations émises par une ville) dépendant de la communauté, voyez Cass., 13 janv. 1909, D. 1911. 1. 435, P. et S. 1911. 1. 441, et la note de M. Naquet. Voyez aussi Trib. de Toul, 28 janv. 1902, D. 1903. 2. 465, et ma note, ainsi que les renvois sous ces différentes décisions.

1337. Frais. — Les frais comprennent non seulement ceux du partage, mais aussi ceux de l'inventaire et de la liquidation notariée quand il en est fait une. Ces derniers sont fort élevés. Ces frais sont dettes communes et se partagent par moitié (art. 1482). Ils sont faits à un moment où la communauté est déjà dissoute, et par conséquent ils n'ont jamais fait partie du passif de communauté proprement dit ; cependant on les partage par moitié entre les époux parce qu'ils sont faits dans leur intérêt commun. — Ils ne peuvent être mis en entier à la charge de l'époux coupable en cas de séparation de corps (Rouen, 13 mai 1905, S. 1906. 2. 51 ; Angers, 25 janv. 1905, D. 1907. 2. 85).

Section III. — Règlement du passif.

***1338. Observations préliminaires.** — Quand la communauté est dissoute, il y a lieu de déterminer par qui et comment seront supportées les dettes qui formaient son passif, les *dettes communes*.

Il y a lieu de distinguer à cet égard deux questions : le *droit de poursuite* et la *contribution aux dettes*. On entend par « droit de poursuite » la quotité pour laquelle chacun des époux peut être poursuivi par les créanciers, et par « contribution » la quotité pour laquelle chacun d'eux doit supporter définitivement la dette. Il arrive fréquemment que le droit de poursuite du créancier est supérieur à la part contributoire définitive de l'époux, auquel cas l'époux qui a été obligé de payer une dette au delà de sa part contributoire possède un recours contre son conjoint pour tout l'excédent : ainsi se trouvera établi entre les époux l'équilibre désiré par la loi.

Les principes élémentaires qui dominent tout ce règlement du passif commun sont simples. Le plus important est formulé assez clairement dans l'art. 1482 : les dettes de la communauté doivent, en définitive, retomber à la charge de chaque époux pour moitié. Toutefois ce principe est corrigé dans une large mesure pour la femme par ce qu'on appelle son *bénéfice d'émolument* (ci-dessous, n°s 1359 et suiv.), en vertu duquel la femme ne doit pas payer le passif commun au delà de la quotité d'actif qu'elle retire de la communauté et qui constitue son émolument. Ces principes élémentaires sont d'ailleurs contrariés ou restreints par des règles diverses dont le détail est exposé ci-dessous.

Toutes les règles applicables aux époux sont également vraies pour leurs héritiers (art. 1491).

§ 1. — *Droit de poursuite des créanciers.*

A. — Étendue du droit des créanciers communs.

****1339. Division.** — Parmi les créanciers de la communauté, il faut en distinguer deux sortes : envers les uns, l'époux est tenu *comme débiteur*

personnel; envers les autres, il est tenu seulement *comme commun en biens avec son conjoint*, lequel est le véritable débiteur. Or la situation de l'époux poursuivi par le créancier est fort différente, selon que la dette est née en sa personne ou en la personne de son conjoint.

1° Dettes nées en la personne de l'époux.

** **1340. Poursuite pour le total.** — Pour toutes les obligations contractées par lui, chaque époux est *personnellement débiteur* du créancier; il peut donc être *poursuivi pour le tout*, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le mari et la femme (art. 1484 et 1486). Comp. Besançon, 6 juill. 1863, D. 64. 2. 80; Cass., 8 déc. 1908, D. 1910. 1. 465, P. et S. 1909. 1. 265.

Il importe peu que la dette soit tombée en communauté; cette circonstance n'intéresse que l'autre époux, et ne modifie en rien les rapports du débiteur avec ses créanciers.

Il importe peu que la dette née en la personne de l'époux provienne d'un *contrat* ou d'une autre source quelconque, *délit*, *quasi-délit* ou *quasi-contrat*; il n'est même pas nécessaire qu'elle soit *née* en sa personne, elle peut provenir d'une succession recueillie par lui; il suffit que la communauté en soit tenue *de son chef*.

1341. Cas particulier pour la femme. — Il est un cas où la règle ne s'applique pas et où une obligation personnellement contractée par la femme pendant le mariage ne l'oblige que *pour moitié envers le créancier*: c'est le cas prévu par l'art. 1487 (ci-dessus, n° 1097). On suppose que la femme s'oblige conjointement avec le mari; la loi lui fait l'application du principe général de l'art. 1220: en l'absence de toute clause établissant la solidarité, la femme n'est tenue que de la moitié de la dette. Mais le mari est tenu pour le tout envers le créancier, ainsi que cela a déjà été expliqué.

1342. Cas particulier pour le mari. — Rappelons que, selon l'opinion qui domine aujourd'hui, le mari qui autorise sa femme à contracter s'oblige lui-même personnellement par le seul effet de cette autorisation, bien qu'il n'ait contracté d'une manière positive aucun engagement (ci-dessus, n° 1092-2°). Par suite il peut encore être poursuivi pour le tout par le créancier après la dissolution de la communauté.

2° Dettes provenant de l'autre conjoint.

1343. Poursuite pour moitié. — L'époux non débiteur, qui ne serait pas tenu du tout de la dette, si cette dette n'était pas tombée en communauté, en est tenu comme *commun en biens*, c'est-à-dire en qualité d'associé du débiteur, et par suite pour moitié seulement (art. 1485). Ce texte ne statue expressément que pour le mari, parce que l'application de ce principe à la femme se trouve fréquemment modifiée par une autre règle (ci-dessous, n° 1345).

Les dettes « personnelles à la femme » et dont le mari est tenu pour moitié, conformément à l'art. 1485, parce qu'elles sont tombées à la charge de la communauté, ne peuvent être que celles qui existaient à la charge de

la femme avant le mariage, ou celles qui grevaient les successions qui lui sont échues, ou encore, mais ceci sera rare, celles qu'elle aura contractées avec l'autorisation de justice dans les cas prévus par l'art. 1427.

1344. Conséquence relative au mari. — Il en résulte que la *situation du mari change après la dissolution de la communauté.* Tant que celle-ci a duré, il a pu être poursuivi pour le tout par les créanciers de sa femme, en même temps que la communauté, parce qu'il y avait confusion de ses propres biens avec les biens communs (art. 1419 et ci-dessus, n°s 1072-1073). Maintenant que la communauté est dissoute et l'actif partagé, il n'est plus tenu que pour moitié.

1345. Restriction en faveur de la femme. — La règle qui veut que chaque époux soit tenu pour moitié des obligations nées en la personne de son conjoint commun en biens avec lui, ne s'applique dans toute sa rigueur qu'au mari. Pour la femme, elle est *subordonnée à la condition que la communauté sera solvable.* Quand la communauté est surchargée de passif, la femme qui l'a acceptée n'est pas tenue de la moitié du passif : son obligation envers les créanciers du mari est *limitée au montant de son émolument* (art. 1483). Voyez ci-dessous, n°s 1359 et suiv., l'explication détaillée de cette règle spéciale à la femme.

1346. Clauses de partage inégal. — En disant que l'époux commun en biens est tenu pour moitié des dettes de son conjoint, la loi suppose une communauté se partageant par moitiés, comme c'est le cas normal. Mais les époux ont pu établir entre eux une communauté à base inégale et la partager des deux tiers au tiers, des trois quarts au quart, etc. (art. 1521). Cette convention amène pour le passif une autre répartition : l'époux qui ne sera tenu envers les créanciers que comme commun en biens se trouvera obligé pour une part égale à celle qu'il prend dans l'actif ; ce pourra donc être, suivant le cas, plus ou moins de moitié.

La loi défend seulement d'établir pour le passif *une proportion différente* de celle qui a été adoptée pour l'actif (art. 1521, al. 2). Cette clause serait permise par le droit commun dans les sociétés ordinaires, car l'art. 1855 interdit seulement d'affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes. Pourquoi n'est-elle pas permise aux époux ? Anciennement Pothier en donnait pour raison qu'il fallait empêcher les époux de se faire des libéralités indirectes (*Communauté*, n° 449). C'était au temps où les donations étaient interdites entre époux ; à présent elles sont permises. Cependant l'interdiction subsiste en partie : la libéralité doit être directe ; toute donation *déguisée* est *nulle.* On voit ici une application particulière de cette idée : aucun avantage indirect ne peut être fait à l'un des époux au moyen d'une répartition inégale du passif et de l'actif.

1347. Effet du forfait de communauté sur la répartition des dettes. — En vertu de cette clause l'un des époux garde toute la communauté, moyennant la somme fixée par le forfait (ci-dessus, n° 1312). Quel effet cette convention produit-elle à l'égard du passif ? La situation est assez compliquée.

1° Attribution de la communauté au mari. — Le mari ou ses héritiers sont alors tenus d'acquitter toutes les dettes (art. 1524, al. 1), ce qui signifie qu'ils sont tenus même *pour le total* des dettes provenant de la femme, dont ils ne seraient tenus en d'autres circonstances que pour moitié. — La loi ajoute que « les créanciers n'ont en ce cas aucune action contre la femme ni ses héritiers » (art. 1524, al. 2), ce qui doit s'entendre seulement des dettes provenant du mari, et dont la femme ne serait tenue que comme commune. Quant aux dettes nées en la personne de la femme et tombées en commu-

nauté, il ne paraît pas que cette convention puisse avoir pour effet de l'en affranchir à l'égard des créanciers.

2° ATTRIBUTION DE LA COMMUNAUTÉ A LA FEMME. — Sa situation est en principe la même que celle du mari : elle se trouve « obligée à toutes les dettes » (art. 1524, al. 3), quand elle se décide à retenir la communauté entière ; mais en outre la loi lui réserve la faculté de *renoncer*, auquel cas sa renonciation produit son effet ordinaire en ce qui concerne les charges de la communauté.

* **1348. Preuve de la date des obligations du mari.** — Quand la femme est poursuivie pour moitié, comme commune en biens, à raison d'une dette tombée en communauté du chef du mari, peut-elle refuser de payer le créancier en alléguant que l'acte qu'on lui présente *n'a pas une date certaine* antérieure à la dissolution de la communauté ? Depuis cette dissolution, le mari a perdu le droit de l'obliger par ses actes et conventions, et si l'obligation est postérieure en date elle est sans effet contre la femme. La question a été vivement discutée en Belgique, où il a fallu une loi interprétative du 28 avril 1850 pour la trancher ; cette loi n'exige pas que la date soit certaine pour être opposable à la femme. C'est aussi la solution qui a prévalu en France, et à juste raison, car la femme n'est pas un *tiers* : étant associée au mari, elle a été *représentée* par lui ; elle est même plus qu'un ayant cause, elle est *partie à l'acte*, et c'est seulement à l'égard des tiers que les actes sous seings privés ne font pas foi de leur date par eux-mêmes. L'art. 1328 n'est donc pas applicable.

B. — Des cas où l'époux a payé au delà de sa part.

1349. Répétition de l'indu. — D'après les règles sus-indiquées, il arrive fréquemment qu'un époux ne doive payer un créancier que jusqu'à concurrence d'un certain chiffre. S'il a payé au delà, on lui accorde, sous diverses conditions, l'action en répétition. Mais le texte n'a prévu qu'une seule hypothèse sur trois, ce qui a fait naître des difficultés.

1350. Cas prévu par la loi. — Il s'agit de la femme qui, n'étant tenue que pour moitié d'une dette commune, a été poursuivie pour le tout et a payé au delà de sa part. *D'après le droit commun*, elle aurait l'action en répétition contre le créancier sous la seule condition de prouver son *erreur* ; mais ici nous rencontrons *une règle spéciale* : la loi exige une condition de plus ; il faut que la quittance délivrée à la femme par le créancier porte que *ce qu'elle a payé était pour sa part* (art. 1488). A défaut de cette mention dans la quittance, la femme ne serait pas admise à prouver son erreur ; elle n'aurait pas d'action contre le créancier et serait réduite à son recours contre le mari.

C'est là une grave dérogation au droit commun. Son motif est que le créancier a pu croire que la femme a payé le tout pour faire honneur à la signature de son mari et sauf à se faire rembourser par lui ou par ses héritiers. Quand la quittance porte elle-même la preuve de l'erreur, cette présomption n'est plus possible.

1351. Cas non prévus. — Deux autres hypothèses peuvent se présenter. D'abord ce peut être le *mari* qui, dans les mêmes circonstances, paie au delà de sa part ; ensuite la femme elle-même peut, tout en payant seulement la moitié de la dette, payer au delà de ce qu'elle doit, si cette moitié *dépasse son émolument*. Dans ces deux cas, appliquera-t-on par analogie l'art. 1488 ou bien le droit commun ? Faudra-t-il que la quittance porte spécialement que l'époux a entendu payer uniquement ce qu'il devait ou bien suffira-t-il de prouver l'erreur ?

Rationnellement, les motifs de décider sont les mêmes : on peut croire, si la quittance ne dit rien, que l'époux a entendu payer au delà de ce qu'il devait pour ne pas laisser en souffrance un engagement de son conjoint. Aussi incline-t-on généralement à appliquer l'art. 1488 par analogie aux deux hypothèses qu'il ne prévoit pas. Pour ma part je croirais plus sûre une interprétation restrictive : l'art. 1488 est un texte exceptionnel qui a pour base une présomption sous-entendue et que nous ne pouvons pas étendre ; or il ne parle que de la *femme* qui a payé *plus de sa moitié*. Comp. Laurent, t. XXIII, nos 82 et 83.

C. — Droits des créanciers personnels.

***1352. Conflit avec les créanciers communs.** — On a déjà vu ci-dessus (n° 905), à propos du défaut de personnalité de la communauté, que les créanciers communs n'ont en aucune manière le droit d'être payés sur les biens de communauté avant les créanciers personnels des époux. Par suite, si l'un des époux contracte de nouvelles dettes après la dissolution de la communauté, ses nouveaux créanciers pourront concourir avec les anciens et même les primer, s'ils ont acquis des privilèges ou hypothèques qui leur soient opposables (Cass., 18 avril 1860, D. 60. 1. 185, S. 60. 1. 305).

Toutefois, si les créanciers personnels de chaque époux peuvent concourir avec tous ses autres créanciers sur la part de communauté qui lui est attribuée, ils n'ont du moins de droits que sur cette part, et non sur la portion de communauté attribuée à l'autre conjoint, même pour le remplir de ses reprises. Il en est ainsi même dans l'opinion qui considère l'action en reprise comme une simple créance : on forme au profit de l'époux qui en est créancier une part plus forte dans la masse commune, et cette part devient sa propriété, à l'exclusion de l'autre époux et des créanciers de celui-ci. Comp. Nancy, 2 févr. 1865, D. 70. 2. 65, S. 66. 2. 30.

D. — Droits des créanciers sur les biens réservés.

***1353. Incertitudes actuelles.** — Lorsque la femme possède des biens réservés et qu'elle accepte la communauté, ces biens sont compris dans le partage ; ils peuvent donc être mis au lot du mari ou de ses héritiers. Or ils sont grevés d'un passif spécial. Quels seront alors les droits des créanciers formant cette masse particulière ? Auront-ils un droit de suite sur le lot du mari ? Leurs droits seront-ils reportés sur les biens mis dans le lot de la femme ? Autant de questions, et bien d'autres sans doute que la pratique révélera, et sur lesquelles les Chambres, dans leur hâte de faire quelque chose, ont volontairement fermé les yeux en laissant la jurisprudence se débrouiller comme elle pourra ; ces difficultés auraient sans doute arrêté le législateur s'il avait consenti à s'en occuper.

§ 2. — *Contribution entre époux.*

****1354. Le principe.** — Pour la répartition définitive du passif entre les époux, on se règle sur des idées toutes différentes. Le principe est que les obligations qui entrent en communauté *y tombent sans récompense,* c'est-à-dire qu'elles restent définitivement à la charge de la communauté. Elles doivent donc *se partager par moitié* entre les deux époux ; c'est ce que dit l'art. 1482 qui met les dettes de la communauté « pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers ».

Dès lors de deux choses l'une :

1° Ou bien cette dette aura été acquittée avec des valeurs communes, auquel cas *tout est fini,* puisque chaque époux en supporte par là même la moitié ;

2° Ou bien c'est l'époux, auteur de la dette, qui l'a payée en entier de son argent, auquel cas il aura un *recours pour moitié* contre son conjoint[1].

1355. Exceptions. — On sait déjà que certaines dettes, par exemple celles qui sont *relatives à des propres,* n'entrent en communauté *qu'à charge de récompense* (ci-dessus, n°s 1282 et 1283). Les dettes de cette sorte doivent être supportées *en totalité* par l'époux qui est propriétaire du bien auquel elles se rattachent ; l'autre conjoint ne doit pas y contribuer. Ainsi, si la dette avait été payée par la communauté avant sa dissolution, il y aurait lieu à récompense à son profit. Si la dette n'est payée qu'après la dissolution de la communauté, l'époux débiteur qui l'a acquittée de ses deniers n'a aucun recours contre l'autre.

1356. Question relative au recel. — Privé de sa part dans les objets qu'il a voulu détourner, l'époux coupable de recel ne prend pas la moitié de la communauté et la différence peut être forte. Supporte-t-il néanmoins la moitié du passif ou bien est-il déchargé d'une part des dettes proportionnelle à la portion d'actif qui lui est enlevée ? La solution résulte du texte autant que de l'esprit de la loi. C'est seulement pour l'actif que l'art. 1477, qui s'occupe du recel, déroge à la règle du partage par moitiés, et l'art. 1482, qui régit la division du passif, n'apporte au principe du partage égal aucune dérogation pour le cas de recel. Si l'on décidait que la privation d'une partie de l'actif entraîne comme conséquence une limitation proportionnelle dans la charge du passif, il pourrait arriver que l'époux recéleur ne subît aucune perte ; il suffit de supposer pour cela que le passif de la communauté est égal à son actif ; dans tous les cas, dès qu'il y a un passif (et il y en a presque toujours) la privation subie sera moindre que l'objet du recel, ce qui serait contraire à l'intention évidente du législateur. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que l'époux reste tenu de contribuer aux dettes pour une moitié, comme s'il conservait intacte sa moitié dans l'actif (Cass., 10 janv. 1865, D. 65. 1. 5, S. 65. 1. 40).

[1] On peut supposer une troisième hypothèse, évidemment exceptionnelle : une dette provenant de la femme et tombée en communauté, mais dont le mari n'est pas personnellement tenu, peut être acquittée avec des valeurs propres au mari ; en ce cas celui-ci a un *recours pour le total* contre la communauté.

1357. Effet des clauses modificatives de la communauté. — Il est possibl que l'un des époux doive, d'après la stipulation du contrat de mariage, être totalement exempt de certaines dettes ou du moins n'en payer qu'une partie et que, malgré la convention des époux, il soit resté tenu envers les créanciers pour le total de ces dettes. On en voit un exemple dans les clauses de *forfait* (ci-dessus, nos 1312 et 1347). En pareil cas, c'est au moyen d'un *recours* contre l'autre époux qu'on arrivera à respecter la convention : la contribution aux dettes corrigera ce que les époux n'ont pas pu réaliser directement au point de vue du droit de poursuite.

1357 *bis*. **Effet de l'hypothèque.** — Si l'un des époux a reçu dans son lot un bien grevé d'hypothèque au profit d'un créancier de la communauté, il sera naturellement obligé, par l'effet de l'hypothèque, de payer ce créancier en totalité, bien qu'il ne soit peut-être pas son débiteur personnel ; mais naturellement aussi il aura son recours contre son conjoint pour tout ce qui excède sa part contributoire dans la dette (art. 1489).

1358. Modifications contenues dans le partage. — Il n'est pas permis aux époux de modifier, lors du partage, le droit de poursuite des créanciers, au moyen de conventions intervenues entre eux ; mais ils peuvent modifier les règles de la contribution aux dettes, qui n'intéressent qu'eux-mêmes, et en répartir autrement la charge (art. 1490, al. 1). C'est même un arrangement très fréquent dans les partages ; on s'en sert surtout pour compenser l'inégalité des lots, en imposant à l'époux qui reçoit un lot trop fort, l'obligation de payer une plus forte part des dettes. Si, en fait, les paiements aux créanciers sont effectués sur d'autres bases que celles qui ont été ainsi convenues, il y a lieu à un recours au profit de celui qui a payé outre sa part (art. 1490, al. 2).

§ 3. — *Limitation des obligations de la femme.*

****1359. Existence d'une règle spéciale.** — Les règles ci-dessus exposées ne s'appliquent à la femme que sous une condition ; elles supposent *que la communauté était solvable*. Quand la communauté est mauvaise, les obligations de la femme sont restreintes ; la femme acceptante est protégée contre l'insolvabilité de la communauté par certaines règles spéciales qui forment ce qu'on est convenu d'appeler son *bénéfice d'émolument*. On verra que l'expression « bénéfice » n'est pas tout à fait exacte.

A. — Généralités.

***1360. Origine.** — Ce système protecteur des intérêts de la femme a été introduit par la jurisprudence des anciens Parlements ; les coutumes n'en faisaient pas mention. Il fut admis pour la première fois par un arrêt solennel, prononcé le 14 août 1567 par le président Séguier. Coquille, qui rapporte cet arrêt, dit à ce propos : « La raison est que s'il en estoit autrement, *le mari aurait par voie oblique puissance sur les propres de sa femme*, dont la coutume lui défend l'aliénation » (*Coutume de Nivernois*, chap. XXIII, art. 17). En effet, si la femme était poursuivie au delà de ce qu'elle recueille dans la communauté, sa fortune propre serait entamée et servirait à payer les dettes de la communauté, c'est-à-dire du mari. C'est

l'idée que Dumoulin avait condensée en quelques mots : « Marito non licet onerare propria uxoris. »

1361. Faveur de cette jurisprudence. — Ce principe était si bien en harmonie avec l'esprit du régime de communauté qu'il fut consacré par la seconde rédaction de la coutume de Paris en 1580 (art. 228). Comp. Renusson, *Communauté*, 2e partie, ch. I, n° 35 ; Pothier, *Communauté*, n° 743.

L'état antérieur du droit a été maintenu par le Code civil sans discussion (art. 1483). Malheureusement ce texte est trop sommaire pour un système qui aurait demandé à être énoncé dans plusieurs dispositions détaillées. On le complète facilement à l'aide des traditions et du raisonnement.

****1362. Caractère normal du prétendu bénéfice.** — De ces courtes explications sur l'origine de la règle, il résulte jusqu'à l'évidence que ce prétendu bénéfice n'en est pas un. Un bénéfice est une *faveur*, une *dérogation* aux règles générales ; ici que trouvons-nous ? La pure et simple application des principes essentiels du régime. L'insolvabilité de la communauté est l'œuvre du mari ; or le mari n'a pas de pouvoirs sur les propres de sa femme. Si la femme n'est pas tenue au délà de son émolument, ce n'est pas qu'on limite son obligation en lui faisant une faveur ; c'est que le pouvoir du mari sur sa fortune n'est pas absolu. Cette limitation est donc pour elle la condition normale et non pas un bénéfice. L'art. 228 de la coutume de Paris le faisait clairement comprendre en disant : « Le mari ne peut par contrat... obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusqu'à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté. »

***1363. Nullité des clauses contraires.** — Aucune convention ne pourrait porter atteinte à la situation de la femme. Sans doute l'art. 1483 ne dit pas que les conventions contraires à sa décision sont nulles, comme le fait l'art. 1453 qui établit pour la femme le droit de renoncer ; mais l'art. 1388 suffit : les pouvoirs du mari comme chef sont déterminés par la loi ; on ne peut pas y toucher, ni pour les amoindrir ni pour les augmenter.

1364. Résultat indirect du forfait de communauté. — Néanmoins, il y a une clause qui a pour effet indirect de priver la femme de son bénéfice d'émolument : c'est le forfait de communauté lorsqu'il est stipulé à son profit. Comme la femme prend alors toute la communauté, elle est seule tenue des dettes et doit les supporter, à quelque chiffre qu'elles puissent s'élever ; sans cela le forfait ne s'exécuterait pas, puisque le mari ou ses héritiers ne conserveraient pas intégralement la somme fixe qui doit leur être versée comme forfait. C'est donc un cas où la femme se trouve réellement tenue à l'infini du passif, et c'est le seul. Mais la dérogation est plus apparente que réelle puisque la femme a le droit de renoncer (art. 1524 et ci-dessus, n° 1347-2°), dont elle usera évidemment si la communauté lui semble mauvaise.

B. — Effets du bénéfice.

****1365. Effet contre les créanciers.** — Dans ses rapports avec les créanciers, la femme est protégée contre les conséquences de la mauvaise administration du mari, mais seulement *pour les dettes provenant du mari,*

et dont la femme n'est tenue qu'en qualité de *commune*. Pour celles-là, elle ne pourra être contrainte de payer que jusqu'à concurrence de son émolument.

Mais il en est autrement pour celles qui proviennent de son chef : pour celles-ci elle est *débitrice personnelle,* et son bénéfice ne la protège pas, elle reste tenue pour le tout envers le créancier.

****1366. Effet contre le mari.** — A l'égard du mari, la femme est protégée d'*une manière bien plus complète* : elle n'est tenue de supporter le passif que jusqu'à concurrence de son émolument, *sans distinguer si la dette était la sienne ou celle du mari.* Si elle a été forcée de payer un créancier quelconque, après avoir épuisé tout ce qu'elle a reçu d'actif par le partage, elle a un recours contre son mari pour tout l'excédent de ses déboursés.

Il n'y a d'exception que pour les dettes qui étaient tombées en communauté du chef de la femme *à charge de récompense* : comme c'est la femme elle-même qui doit supporter ces dettes en totalité, et que le mari ou la communauté auraient un recours contre elle au cas où ils auraient payé à sa place, on lui refuse toute action quand c'est elle qui a payé.

1367. Explication et critique du texte. — On voit que les effets du bénéfice d'émolument ne sont pas toujours les mêmes ; ils varient selon que la femme l'oppose à son mari ou aux créanciers. Cette différence s'explique parce que la femme est *débitrice personnelle* de certaines dettes et que ses conventions matrimoniales ne peuvent pas modifier les conséquences que doit avoir pour elle cette qualité, tandis que dans ses rapports avec son mari la femme doit être traitée en tout *comme associée.* Or c'est précisément ce rôle d'associée nécessairement subordonnée et dépendante, qui a fait restreindre aux biens communs les pouvoirs de disposition du mari ; elle doit donc posséder d'une manière pleine et entière les avantages attachés comme contre-partie à sa situation et opposer son bénéfice à son mari pour toutes les dettes de communauté, même pour celles qui viennent de son chef.

Une distinction s'impose, également conforme aux traditions et aux principes ; elle est universellement admise (Aubry et Rau, t. V, § 520, note 34), bien que le texte, dans sa concision, ne l'énonce pas.

C. — Condition du bénéfice.

****1368. Condition unique.** — Il n'est pas nécessaire que la femme fasse une déclaration au greffe, comme celle qu'on impose à l'héritier qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire. La seule condition que la femme ait à remplir c'est de *faire inventaire* (art. 1483).

1369. Délais et formes de l'inventaire. — La loi n'a rien dit, ni sur la façon

dont l'inventaire devait être fait, ni sur l'époque où il doit y être procédé. On applique par analogie l'art. 1456 qui vise le cas de renonciation de la femme (doctrine unanime et jurisprudence constante).

Par suite l'inventaire doit être fait dans les délais de *trois mois et quarante jours* qui sont donnés à la femme. Fait plus tard, il n'offrirait pas assez de garanties pour les créanciers (Angers, 20 mai 1863, D. 64. 2. 186, S. 64. 2. 110; Nancy, 4 août 1875, D. 77. 2. 184, S. 76. 2. 1).

Cependant la femme pourrait parfois se dispenser de faire l'inventaire; par exemple quand son mari est tombé en faillite et que l'inventaire du mobilier a été dressé par le syndic; il est inutile d'en entreprendre un second; ce seraient des frais frustratoires (Paris, 21 mars 1867, D. 68. 2. 149).

1370. Moyens de remplacer l'inventaire. — A défaut d'inventaire, la femme est-elle recevable à établir la consistance réelle de la communauté et par suite de son émolument, au moyen d'autres preuves? A l'égard des créanciers, *non très certainement*[1]. Mais à l'égard du mari, la question est discutée. La loi exige une preuve écrite; on ne saurait autoriser une preuve testimoniale (Besançon, 22 déc. 1855, D. 56. 2. 237, S. 56. 2. 615). Mais ne pourrait-on pas se contenter d'un partage ou d'une liquidation faite sans fraude entre le mari et la femme? Un arrêt a répondu négativement (Besançon, 17 janv. 1883, D. 83. 2. 163, S. 84. 2. 45). Cette solution approuvée par quelques auteurs (Laurent, t. XXIII, n° 94) est critiquée par la plupart comme excessive et inacceptable (Guillouard, t. III, n° 1414; Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 892). L'ancien droit accordait cette facilité à la femme (Pothier, *Communauté*, n° 745). On objecte que l'art. 1483 ne fait pas de distinction entre le mari et les créanciers; mais comme il est certainement incomplet sur les effets du bénéfice, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il le soit aussi sur ses conditions. Du reste, il ne s'agit pas de remplacer l'inventaire par une preuve *quelconque*, mais seulement par une preuve écrite équivalente[2]. Comp. Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. II, n° 1186.

1371. Compte à rendre aux créanciers. — Quand la femme veut opposer son bénéfice à un créancier, elle est obligée de lui *rendre compte*, c'est-à-dire de lui démontrer qu'elle a déjà versé à d'autres créanciers ou à lui-même toutes les valeurs qu'elle a reçues comme composant son *émolument*; elle est quitte envers tous quand il ne lui en reste plus rien.

La loi a parlé de cette obligation de rendre compte dans l'art. 1483, mais en termes un peu obscurs: la femme doit justifier « tant du contenu de l'inventaire que de ce qui peut lui être échu par le partage ». Cette double formule s'explique de la manière suivante: il peut arriver que l'inventaire mentionne des objets qui n'ont pas encore été partagés, et la femme en doit compte aux créanciers, puisqu'elle y a toujours droit pour sa part; en sens inverse, il se peut que le partage comprenne des valeurs qui ne figurent pas dans l'inventaire, par exemple des immeubles qui ne sont pas inventoriés ou des créances récemment découvertes. La femme est comptable de tout cela.

1372. Difficulté relative aux reprises du mari. — Le mari qui a des reprises à exercer contre la communauté se présente comme un créancier; faut-il le traiter comme les autres: pour que la femme puisse limiter sa poursuite, est-il nécessaire qu'elle ait fait inventaire? La jurisprudence avait d'abord admis qu'à défaut d'inventaire le mari pouvait poursuivre ses reprises contre sa femme sans tenir compte du chiffre de l'émolument (Cass., 24 mars 1828, S. 28. 1. 377; Douai, 13 déc. 1861, D. 62. 5. 64);

[1] Il en est ainsi alors même que tous les biens seraient restés aux mains du mari (Lyon, 16 févr. 1854, D. 54. 2. 138, S. 56. 2. 423).

[2] « Le partage qui a été fait entre le mari et les héritiers de la femme, des biens tant mobiliers qu'immobiliers de la communauté, peut, *aussi bien qu'un inventaire*, justifier de ce qu'ils ont amendé des biens de la communauté pour leur part et c'est une preuve que le mari ne peut désavouer *puisqu'elle résulte d'un acte auquel il a été partie* » (Pothier, *loc. cit.*).

mais depuis la Cour de cassation s'est déjugée. Elle décide que les reprises ne sont pas des créances ordinaires, mais un simple prélèvement qui ne peut se faire que sur les biens communs (Cass., 18 févr. 1867, D. 67. 1. 61, S. 67. 1. 222; Cass., 16 nov. 1868, D. 68. 1. 476, S. 69. 1. 14). Sans doute le mari ou ses héritiers peuvent prétendre qu'en fait la femme a retiré de la communauté des valeurs suffisantes et la femme pourra être condamnée à payer, mais ce ne sera pas pour n'avoir pas fait inventaire ; ce sera pour avoir retiré de la communauté un émolument déterminé (Aubry et Rau, t. V, § 520, note 30).

D. — Détermination de l'émolument.

*1373. **Biens dont il se compose.** — Quand l'inventaire a été fait dans les délais la femme n'est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument. Que faut-il entendre par là? L'émolument de la femme est ce qu'elle prend dans la communauté *à titre de copartageante,* savoir :

1° Tous les *biens de communauté* qui lui sont attribués, y compris ceux qu'elle prend à titre de préciput ;

2° Les *fruits* perçus par elle sur ces biens ;

3° Les *récompenses* qu'elle *devait* à la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part: étant dispensée de les payer, elle se trouve plus riche d'autant. — Comp. Pothier, *Communauté,* n° 747.

Mais il ne faut pas comprendre dans l'émolument de la femme les biens ou valeurs qui lui ont été attribués *à titre de prélèvements en nature* pour la remplir de ses reprises, car ces biens ou valeurs font partie de son patrimoine propre. Ils sont donc en dehors de son émolument. — Il résulte de cette observation que, si la femme a des reprises à exercer sous forme de *créances* contre la communauté, on doit commencer par déduire ses reprises de l'actif total pour évaluer son émolument ; la communauté ne comprend véritablement que ce qui reste, déduction faite de ces reprises (Besançon, 17 janv. 1883, D. 83. 2. 163, S. 84. 2. 45)[1].

*1374. **Évaluation de l'émolument.** — A quel moment faut-il se placer pour estimer les biens recueillis par la femme et déterminer le montant de son émolument? On pouvait hésiter entre trois époques : celle du décès, celle de l'inventaire, celle du partage. La doctrine et la jurisprudence admettent que c'est *le moment du partage* qui doit être choisi (Paris, 24 avril 1858, D. 58. 2. 477, S. 58. 2. 159). En effet la femme s'enrichit de ce qu'elle reçoit, de ce qui est mis dans son lot ; les variations survenues avant le partage et depuis la dissolution sont au compte de la masse ; celles qui surviennent après sont aux risques de la femme ; son émolument est fixé par ce qu'elle a reçu.

[1] Si le mari est insolvable, la déduction préalable des reprises de la femme ne doit pas se traduire, pour celle-ci, par l'exercice d'un droit de *priorité* contre les autres créanciers ; car la femme n'a pas de privilège sur les meubles de la communauté (Cass., 16 janv. 1858, D. 58. 1. 5, S. 58. 1. 9). En cas d'insolvabilité du mari, la femme, créancière de la communauté, doit venir en concours avec les autres créanciers ; elle subira une perte proportionnelle à l'importance de ses reprises comparées au passif commun. Mais, si le mari est solvable, ce qui ne sera pas payé sur les biens communs, soit à la femme pour ses reprises, soit aux autres créanciers, sera réglé à l'aide des biens personnels du mari.

E. — Comparaison avec le bénéfice d'inventaire.

***1375. Énumération des différences.** — L'analogie qui existe entre la femme commune en biens et l'héritier bénéficiaire a été souvent constatée (Renusson, *de la Communauté*, partie II, chap. I, n° 43), et Merlin a établi le parallèle d'une manière complète (*Répertoire*, v° Bénéfice d'inventaire, n° 25 ; addit., p. 101). Il y a néanmoins certaines différences à signaler.

1° L'héritier doit faire une *déclaration au greffe* (art. 793), la femme possède son bénéfice sans déclaration, par cela seul qu'elle a fait inventaire. Toutefois la créance qui existe contre la femme n'est pas réduite de plein droit ; il faut qu'elle oppose au tiers son inventaire et son compte. Ceci n'est qu'une différence de pure forme.

2° La part de communauté qui revient à la femme n'est pas distincte de ses propres biens, elle se confond entre ses mains avec le reste de sa fortune, tandis que le bénéfice d'inventaire établit une *séparation des patrimoines* entre les biens personnels de l'héritier et les biens héréditaires. C'est une *différence de fond*, et qui est *capitale* ; celles qui suivent en dérivent.

3° L'héritier bénéficiaire *n'est pas tenu sur ses biens personnels* : il peut renvoyer les créanciers à se pourvoir sur la succession et soustraire ses biens à toute poursuite. La femme ne le peut pas : le montant de son obligation est bien limité par la valeur de son émolument, mais, dans la mesure où elle existe, son obligation porte indistinctement *sur tout son patrimoine* ; les biens qui lui viennent de la communauté ne forment pas une masse à part.

4° La femme ne peut pas se décharger du paiement des dettes communes en faisant abandon aux créanciers des biens qu'elle a pris comme associée, tandis que l'art. 802 accorde cette faculté d'abandon à l'héritier bénéficiaire, qui n'est considéré, à l'égard des créanciers, que comme un administrateur de la succession. Cependant Pothier ne faisait pas cette distinction entre la femme et l'héritier, et il accordait la même faculté à l'un et à l'autre (*Communauté*, n° 737), et son avis a été suivi par quelques auteurs modernes ; mais l'opinion générale est maintenant contraire, parce que la femme acceptante est considérée comme personnellement débitrice envers les créanciers de la communauté.

5° La femme peut disposer à son gré des biens qu'elle a reçus dans son lot ; elle en est propriétaire comme du reste de son patrimoine et ne s'expose à aucune réclamation de la part des créanciers si elle vend ces biens à l'amiable ou si elle les donne, sous la seule condition d'agir de bonne foi. Au contraire les créanciers d'une succession acceptée bénéficiairement, qui voient leur gage restreint aux seuls biens échus à l'héritier, sont garantis par la *responsabilité personnelle* de cet héritier qui ne peut pas disposer à sa volonté des biens du défunt et doit *vendre les immeubles aux enchères*, sous peine de se voir déchu de son bénéfice. Il n'était pas nécessaire de prendre les mêmes précautions contre la femme, puisque les créanciers de la communauté ont pour gage son patrimoine entier dans la mesure où leur action existe contre elle.

§ 4. — *Créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.*

1376. Exemple. — Il peut arriver que l'un des époux devienne *créancier personnel* de l'autre. L'art. 1478 en cite un exemple : une valeur personnelle à l'un d'eux, telle que le prix d'un propre aliéné non encore payé, sert à éteindre la dette personnelle de l'autre. D'autres hypothèses que la loi ne définit pas pourraient se présenter, mais elles ne sont pas très nombreuses. Voyez Dalloz, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n° 2439.

1377. Caractères particuliers. — On emploie quelquefois pour désigner ces

sortes d'indemnités dues par l'un des époux à l'autre le nom de « récompense » ; on parle volontiers des récompenses qu'ils se doivent mutuellement. Cependant la loi a évité d'employer ce mot dans les art. 1478 et 1479, où elle parle simplement de « créance personnelle ». Voulu ou non, ce langage est justifié. Il y a en effet d'importantes différences entre ces créances personnelles des époux et les véritables récompenses :

1° Absence de prélèvements en nature. — La créance s'exerce non pas sur une masse commune, mais sur les biens personnels de l'époux débiteur, ce qui empêche tout prélèvement.

2° Cours des intérêts. — La loi ne les fait pas courir de plein droit ; une demande est nécessaire (art. 1479). Il fallait jadis une *demande en justice* ; une *sommation* suffit maintenant (L. 7 avril 1900).

1378. Époque du règlement. — A quel moment l'époux créancier peut-il agir ? L'art. 1478 le dit : « après le partage consommé », quand les parts sont faites. On conclut de là en général que l'époux créancier ne peut pas réclamer son paiement auparavant. Cependant il peut y avoir un doute : on comprend que l'action de l'époux créancier soit retardée jusqu'au partage lorsqu'il veut exercer des poursuites sur les biens communs, car il n'a pas pour débiteur la communauté, mais seulement son conjoint. Mais rien ne l'empêche de demander son paiement auparavant sur les biens personnels de l'époux débiteur, et la preuve que son droit d'action existe, c'est que l'art. 2256 en suspend la prescription et que l'art. 1595 permet au mari de se libérer par voie de dation en paiement quand il est débiteur de sa femme. Voyez sur ce point t. II, n° 1443.

Néanmoins l'opinion de Laurent qui s'est prononcé en ce sens (t. XXII, n° 545) est restée isolée. Voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Contrat de mariage, n° 880. On invoque l'autorité de Pothier (*Communauté*, n° 676), mais il ne dit rien de tel : il suppose que la créance existe « lors de la dissolution de la communauté » ; il ne nie pas du tout qu'elle puisse produire des effets auparavant.

CHAPITRE IX

EFFETS DE LA RENONCIATION

***1379. Indication sommaire.** — La femme qui renonce à la communauté est censée n'avoir jamais été commune : tout ce qui compose la communauté, actif et passif, reste au mari. La femme se dépouille par sa renonciation de tous ses droits sur l'actif ; mais en revanche elle n'a rien à payer aux créanciers, elle est exonérée des dettes et c'est son mari qui les supporte toutes.

Ce double effet se produit *rétroactivement*. Mais la renonciation rétroactive n'équivaut pas à une *résolution* de la communauté ; s'il y avait résolution, chacun des époux reprendrait sa *mise*, ses apports dans le fond commun, et le mari serait censé n'avoir jamais eu de pouvoir sur la communauté ; tandis que la renonciation, même rétroactive, laisse subsister la commu-

nauté avec sa composition active et ses dettes, seulement la masse entière reste au mari avec ses charges.

§ 1. — *Effet de la renonciation sur l'actif.*

** **1380. Principe.** — Aux termes de l'art. 1492, « la femme qui renonce perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef ». La loi parle du *mobilier*, parce qu'il n'entre ordinairement en communauté, du chef de l'un des époux, que des meubles. Cependant il pourrait y entrer aussi des *immeubles*, soit en vertu d'une clause d'*ameublissement*, soit en vertu d'une clause particulière contenue dans une donation faite à l'un d'eux ; la loi n'a prévu que le cas ordinaire. Ainsi tout ce qui est entré en communauté du chef de la femme est perdu pour elle ; par l'effet de sa renonciation, la communauté entière devient la propriété exclusive du mari.

Remarquez l'expression « perd » dans l'art. 1492, qui prouve que la femme est bien réellement, au cours de la communauté, l'associée et la copropriétaire du mari.

1381. Exceptions. — Il n'est pas absolument vrai de dire que la femme renonçante perd d'une manière complète sa part de communauté. La loi elle-même l'autorise à en retirer certaines choses. D'autre part, son contrat de mariage ou des conventions postérieures peuvent lui permettre de reprendre ses apports ou de bénéficier, malgré sa renonciation, de valeurs provenant de la communauté. Il y a donc diverses exceptions à la règle de l'art. 1492 ; la première est *légale* ; les autres sont *conventionnelles*.

1° Reprise des linges et hardes. — D'après l'art. 1492, al. 2, la femme renonçante retire les « linges et hardes à son usage ». C'est une extension de l'ancienne règle qui autorisait seulement la femme à emporter un habillement complet ; « non debet abire nuda », disait-on. Toutefois la formule actuelle ne comprend pas les *bijoux et joyaux*, même à l'usage personnel de la femme, quand ils appartiennent à la communauté comme c'est le cas ordinaire (Caen, 13 avril 1864, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 136, note 1). — Le droit ainsi accordé à la femme lui est personnel et ne passe pas à ses héritiers.

2° Reprise des apports. — Cette reprise, qui ne peut se faire qu'en vertu d'une clause expresse du contrat de mariage, est beaucoup plus importante que la précédente. Elle est mentionnée ici pour mémoire et fait plus loin l'objet d'un paragraphe spécial (ci-dessous, n°s 1385 et suiv.).

3° Bénéfice de l'assurance sur la vie. On a déjà vu (t. II, n° 2202) que le bénéfice d'une assurance sur la vie contractée au profit du survivant appartient en totalité à celui-ci, au cas d'acceptation de la communauté, et ne se partage pas avec les héritiers du prédécédé. La solution est la même au profit de la femme qui renonce à la communauté. Le but de l'assurance serait manqué et l'intention du souscripteur de la police déçue, si la femme devait en perdre le bénéfice quand elle renonce à une communauté obérée (Cass., 28 mars 1877, D. 77. 1. 241, S. 77. 1. 393 ; Trib. de Clermont (Oise), 16 mai 1879, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 667, note 1).

4° Biens réservés. — D'après l'art. 5 de la loi du 13 juillet 1907, la femme renonçante a le droit de reprendre ses biens réservés, quoique ceux-ci fassent partie de l'acti commun d'après l'al. 1er du même article. Ces biens sont repris par la femme *francs et quittes* de toutes charges autres que les dettes prévues à l'art. 3, c'est-à-dire que la femme, en reprenant ces biens, ne restera exposée aux poursuites des créanciers du mari

qu'autant qu'il s'agira de dettes contractées par celui-ci dans l'intérêt du ménage. Cela signifie que rien n'est changé au passif grevant ces biens, puisque le mari n'a pas le droit de les engager par des actes étrangers aux intérêts communs du ménage ; la femme renonçante reprend donc son pécule réservé, mais celui-ci reste grevé de tout le passif qui lui est propre. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a une certaine singularité à voir une femme *renonçante* emporter une part importante, la plus considérable peut être de la masse commune, et rester tenue du *passif commun* correspondant. Il y a là un véritable mélange des effets de l'acceptation et de la renonciation, qui montre l'incohérence du système adopté par le législateur.

Cette singularité montre encore à quel point il est inexact de dire que les biens réservés figurent dans la communauté ; ils n'y sont qu'autant que cela est conforme à l'intérêt de la femme ; celle-ci n'est plus l'*associée* du mari, puisque, si elle continue à partager les gains de celui-ci, la réciproque a cessé d'être vraie ; la femme ne partage plus les siens avec lui, que si tel est son bon plaisir ou son avantage, ce qui est contraire à l'esprit de l'association conjugale. On pourrait presque retourner l'ancien adage pour dire : « Maritus non est socius, nec speratur fore ». C'est donc une méprise ou une naïveté que de dire, comme on l'a fait dans un rapport au Sénat, que « la loi nouvelle ne touche pas aux stipulations du contrat de mariage, et que le pécule de la femme reste dans la communauté ». La communauté, c'est ce qui se partage ; les biens réservés, c'est ce qui ne se partage pas, à moins que la femme n'y consente dans son propre intérêt.

Enfin, par une dernière singularité, le législateur sentant combien la situation privilégiée qu'il faisait à la femme était abusive et anormale, n'a accordé le même droit qu'à *ses héritiers en ligne directe,* rompant ainsi avec le principe général des successions qui ne fait pas dépendre la transmission des droits de la qualité des personnes appelées à les recueillir.

§ 2. — *Effets de la renonciation sur le passif.*

* **1382. Division.** — L'effet de la renonciation à cet égard est réglé par l'art. 1494 : on peut dire d'une manière générale que la femme se trouve *affranchie de tout ce qui forme le passif définitif de la communauté,* mais pour le développement de cette formule il faut examiner séparément les dettes nées en la personne de la femme et les dettes nées en la personne du mari.

** **1383. Dettes de la femme.** — Pour celles-ci, dont elle est débitrice personnelle, la femme ne peut s'affranchir de la poursuite de ses créanciers en renonçant à la communauté : elle reste donc *obligée de les payer en totalité.* Elle en est néanmoins déchargée au point de vue de la contribution, parce que sa renonciation a justement pour but de lui permettre d'échapper au passif commun. Par suite, en supposant que sa dette était *tombée en communauté sans récompense* et a été payée par elle, la loi lui ouvre un *recours pour le tout* contre le mari. Mais si cette dette n'était devenue commune qu'*à charge de récompense*, aucun recours ne serait ouvert à la femme parce que ce serait elle qui devrait indemniser la communauté du total de la dette, si le créancier avait été payé avec des deniers communs.

** **1384. Dettes du mari.** — A l'égard des dettes provenant du mari, la situation est beaucoup plus simple : la femme n'en est tenue en aucune manière et pour aucune portion ; elle n'est pas même exposée aux poursuites

des créanciers. Et ceci s'explique par les principes généraux du régime : la femme ne pouvait être poursuivie par les créanciers du mari qu'en qualité de commune et elle ne l'est plus. — Rappelons que l'on considère comme provenant du mari les dettes que la femme a contractées en qualité de mandataire de celui-ci (ci-dessus, n° 1098).

§ 3. — *Reprise des apports.*

A. — Motifs et caractères de la clause de reprise.

* **1385. Son utilité et sa fréquence.** — Sous le régime établi par la loi, la femme est dans une alternative périlleuse : si elle veut conserver ses meubles entrés en communauté, elle doit accepter cette communauté, et alors elle est tenue des dettes au moins jusqu'à concurrence de ce qu'elle en retire ; si elle veut se dispenser de payer les dettes, il faut qu'elle renonce, et alors elle perd tous ses apports mobiliers. Mais il lui est permis d'améliorer beaucoup sa situation au moyen d'une clause de son contrat de mariage : elle peut stipuler la faculté de reprendre ses apports *même en renonçant* (art. 1514), et c'est une stipulation fréquente.

Elle est, en effet, très avantageuse pour la femme, qui n'aura pas à supporter les chances de perte ; cela revient à déclarer que les époux s'associent seulement en vue de la bonne fortune, et que la femme ne veut plus subir les effets de l'association si elle devient mauvaise.

1386. Interprétation restrictive. — Cette clause est tout à fait exorbitante du droit commun ; elle est directement contraire à l'art. 1855, qui déclare nulle la convention par laquelle on affranchit de toute contribution aux pertes la mise de l'un des associés dans le fonds social. Aussi l'art. 1514 veut-il qu'on l'interprète d'une façon aussi restrictive que possible.

1° Restriction quant aux biens. — Lorsque la femme a parlé seulement du mobilier présent, le mobilier futur ne peut pas être repris par elle. — Lorsqu'elle a stipulé la reprise « de ses apports » ou « de son mobilier », sans rien préciser, on n'entend ces mots que du *mobilier présent*, et non du *mobilier futur*, et la femme n'est admise à reprendre que les meubles qu'elle possédait au jour de la célébration du mariage.

2° Restriction quant aux personnes. — Stipulée en faveur *de la femme*, la clause de reprise ne profite pas à ses enfants ; si elle l'a été en faveur *de la femme et des enfants*, elle ne s'étend pas à ses autres parents, collatéraux ou ascendants, mais le mot « enfants » comprend ici les descendants de tous les degrés, tant naturels que légitimes. Enfin la clause profitant aux « héritiers » ne devrait pas être étendue aux successeurs testamentaires.

* **1387. Transmission du droit de la femme.** — Une fois ouvert, soit en la personne de la femme, soit en faveur d'un de ses héritiers, le droit d'effectuer la reprise se transmet comme tout autre droit. Ainsi, lorsque la femme s'est réservé à elle seule le droit de reprendre ses apports, si elle a survécu, même sans avoir eu le temps de l'exercer, son droit passe à ses héritiers ou successeurs, quels qu'ils soient ; ceux-ci le possèdent alors *par transmission*.

B. — Effets de la clause.

***1388. Mode d'exécution de la reprise.** — La clause de reprise n'est pas une clause de réalisation ; elle n'a pas pour effet de réserver à la femme la propriété de ses apports mobiliers. Par conséquent, ses meubles sujets à reprise *entrent en communauté* ; le mari peut les aliéner ; les créanciers peuvent les saisir (Cass., 2 déc. 1872, D. 72. 1. 398, S. 72. 1. 437). La femme est donc *réduite au rôle de créancière*. Elle est même créancière *sans aucun privilège* contre les autres créanciers, sauf l'effet de son hypothèque légale (Agen, 23 févr. 1881, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 150, note 1, S. 81. 2. 149).

***1389. Inefficacité de la clause à l'égard des créanciers.** — En principe la clause ne produit pas d'effets contre les créanciers ; tout se borne aux rapports des époux entre eux : on oblige le mari à tenir compte à sa femme des dettes que celle-ci aura été obligée de supporter, mais on n'empêche pas les créanciers de la communauté de saisir les biens sujets à reprise [1]. *La clause n'est donc pas opposable aux créanciers.*

Telle est du moins la jurisprudence actuelle, qui réduit la femme à un simple recours contre son mari (Cass., 14 déc. 1858, D. 59. 1. 49, S. 59. 1. 229 ; Cass., 29 janv. 1866, D. 66. 1. 276, S. 66. 1. 141 ; Riom, 24 juill. 1886, D. 87. 2. 252 ; Bordeaux, 28 juill. 1898, D. 1900. 2. 345). Mais dans les cinq années 1853-1858, pendant lesquelles la Cour de cassation a considéré la femme comme propriétaire de ses reprises (ci-dessus, n° 1276), plusieurs arrêts l'ont admise à reprendre ses apports par préférence à tous les créanciers de la communauté ou du mari (Cass., 7 févr. 1855, D. 55. 1. 114, S. 55. 1. 580 ; Cass., 16 avril 1856, D. 56. 1. 198, S. 56. 1. 411). Cette jurisprudence passagère fut abandonnée à la suite de l'arrêt solennel du 16 janvier 1858, signalé ci-dessus, n° 1276 *in fine*.

1390. Possibilité d'une modification conventionnelle. — Les époux ne pourraient-ils pas rendre la clause plus énergique et convenir que la femme aura le droit de reprendre ses apports même à l'encontre des créanciers et sans avoir à redouter leur concours ? Tous les arrêts leur en réservent la possibilité, à la condition toutefois que les termes de leur convention soient *assez clairs et assez précis pour que les tiers ne puissent pas s'y tromper* et voient facilement que la reprise se fera contre eux. Voyez les arrêts postérieurs à 1858, cités au n° précédent, ainsi que Cass., 2 déc. 1872, D. 72. 1. 398, S. 72. 1. 437, et Caen, 12 juin 1878, D. 80. 2. 92, S. 78. 2. 251.

Toutefois, jusqu'à présent, on ne cite aucun arrêt qui ait reconnu une de ces clauses comme suffisante pour produire son effet contre les créanciers ; et en pratique les parties croient, peut-être, s'exprimer en termes assez clairs en employant la formule la plus usitée de cette clause, qui est ainsi conçue : « La femme reprendra ses apports... quittes de toutes dettes de la communauté, quand bien même elle s'y serait obligée ou y

[1] « La clause de reprise d'apport, dit très bien M. de Loynes, n'est pas une clause de réalisation, et ne saurait en produire les effets ; elle est au contraire exclusive de toute idée de réalisation, même conditionnelle, puisqu'elle implique la mise des biens de la femme en communauté » (note dans *Dalloz*, 1900. 2. 345). Comp. Prénat, *De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte*, thèse, Paris, 1884, p. 185 et suiv.

aurait été condamnée ». Comp. Cass., 14 juin 1879, S. 80. 1. 448[1]. Voyez toutefois Cass., 15 juill. 1902, D. 1904. 1. 353, S. 1903. 1. 313 et les notes de MM. De Loynes et Naquet ; il en résulte que la femme possède, en vertu de cette clause, une créance en reprise garantie par une hypothèque à la date du mariage, et qu'elle peut ainsi primer les créanciers hypothécaires de son mari.

C. — Étendue de la reprise.

* **1391. Franchise des apports.** — Lorsque la femme reprend ses apports en renonçant, les biens qui lui reviennent doivent être tenus quittes de toutes les dettes de communauté, puisqu'on suppose qu'elle a fait sa renonciation, ce qui l'a déchargée de tout le passif. Aussi dit-on communément que la reprise porte sur l'*apport franc et quitte*. Sans cela, si elle était obligée de supporter les dettes de communauté sur son apport, le plus souvent elle ne reprendrait rien du tout, puisqu'elle a renoncé parce que la communauté était insolvable.

1392. Déduction du passif des apports. — Pourtant cela ne veut pas dire que la femme puisse reprendre ses apports sans avoir absolument rien à payer. Il y a lieu de lui faire supporter certaines dettes en déduction de ses apports.

1° Dettes grevant spécialement l'apport de la femme. — Il est clair que la femme n'a le droit de reprendre que l'actif net qu'elle a mis dans la communauté. Il faudra donc qu'elle tienne compte à la masse soit des dettes qui grevaient son mobilier présent au jour du mariage, soit de celles qui grevaient les donations, successions ou legs à elle échus pendant le mariage, en supposant que ces dettes ont déjà été acquittées par la communauté. Si on ne lui faisait pas subir cette déduction, elle reprendrait en réalité plus qu'elle n'a apporté.

2° Dettes contractées par la femme dans son intérêt personnel. — La femme doit de même tenir compte à la communauté des obligations contractées dans son intérêt exclusif. Ce sont des dettes relatives à un propre, dont la femme doit en toute hypothèse récompense à la communauté (ci-dessus, n° 1282) ; elle doit les supporter malgré sa renonciation et la reprise de ses apports.

§ 4. — *Reprise des propres.*

** **1393. Objet de la reprise.** — La renonciation ne doit pas dépouiller la femme de son patrimoine propre. Elle a donc le droit de reprendre, sans stipulation particulière, tous les biens qui lui appartiennent, ce qui comprend d'abord ceux de ses propres qui existent encore *en nature* et les biens acquis en remploi de ses propres aliénés ; cela comprend, en outre, ses

[1] Sur le fond de l'idée, je crois qu'il faut faire les plus expresses réserves : une pareille clause qui rend indisponibles entre les mains du mari les apports de la femme équivaudrait à une *stipulation partielle de dotalité atteignant la communauté*. Or si l'on peut admettre, grâce à la possibilité de mélanger entre eux les divers régimes, que la femme frappe d'une inaliénabilité plus ou moins complète les biens qui lui restent propres, il est inadmissible que la dotalité s'étende à une portion de la communauté de façon à diminuer et même à supprimer les pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef. En attendant, constatons du moins que la possibilité admise par la jurisprudence est restée théorique et n'a jamais été appliquée. Si on voulait lui donner effet dans la pratique il faudrait l'interpréter comme contenant une clause de *réalisation implicite* et excluant en réalité de la communauté les prétendus apports de la femme.

reprises ou créances d'indemnité, principalement pour le prix d'immeubles aliénés dont il n'aurait pas été fait remploi. L'art. 1493 est en tous points semblable à l'art. 1470.

***1394. Absence de prélèvements en nature.** — Quand la femme renonce à la communauté, elle ne peut exercer ses reprises que sur les biens du mari, puisqu'il n'y a plus de communauté existant à l'état de masse distincte. De là résulte une conséquence importante : la femme ne peut pas prélever des biens en nature pour se remplir de ses reprises ; ces prélèvements ne sont possibles que quand elle est *copartageante,* c'est-à-dire acceptante.

L'art. 1495 dit bien que la femme renonçante exerce ses reprises « tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari », mais elle entend par là lui donner les uns et les autres comme garantie, et non pas déterminer le mode de règlement des reprises.

Si donc le mari donne des biens en nature à sa femme pour se libérer, ce sera une *dation en paiement,* translative de propriété et sujette à transcription. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute s'il s'agit d'un bien personnel au mari ; il en est encore de même, si c'est un bien de communauté qui est livré à la femme, puisque les biens communs ne se distinguent plus des biens personnels du mari quand la femme renonce.

1395. Cours des intérêts. — Au cas de renonciation de la femme, les intérêts des reprises qui lui sont dues par la communauté courent-ils de plein droit ? L'art. 1473 les fait courir à son profit *quand elle accepte* ; mais il n'existe aucun texte semblable pour la femme renonçante. On en a quelquefois conclu qu'il fallait lui appliquer la règle générale de l'art. 1153 et les faire courir seulement à compter de la sommation (Colmet de Santerre, t. VI, n° 154 *bis*-iv). Cependant la Cour de cassation a décidé le contraire (Cass., 9 févr. 1870, D. 70. 1. 119, S. 70. 1. 299), et c'est l'opinion commune. Bien que placé dans la section de l'acceptation, l'art. 1473 contient une règle générale applicable en toute hypothèse aux reprises de la femme. Ainsi on ne comprendrait pas que par l'effet de la renonciation de la femme, les intérêts cessassent de courir de plein droit au profit de la communauté : quand c'est elle qui est débitrice, la femme ne peut pas s'en affranchir en renonçant ; or il y a une réciprocité nécessaire dans la disposition de l'art. 1473. Comp. Aubry et Rau, t. V, § 511, note 14.

CHAPITRE X

PROTECTION DES ENFANTS DU PREMIER LIT

§ 1. — *Considérations générales.*

A. — Idée sommaire de la question.

***1396. Antithèse du droit romain et du droit français.** — Il

y a une différence profonde entre notre législation et le droit romain, en ce qui concerne les *secondes noces*. Effrayé de la diminution de la population romaine, Auguste avait fait de grands efforts pour encourager les veufs et les veuves à se remarier. La partie la plus importante de sa législation, la loi Julia et les lois caducaires, tendaient à ce but.

Au contraire, le droit français a toujours vu les seconds mariages avec défaveur, et le Code civil est encore animé du même esprit ; il craint que le second époux d'une personne qui a déjà des enfants d'un premier mariage ne soit pas rempli pour eux d'une grande affection et se fasse avantager à leurs dépens.

***1397. Mesures prises par la loi.** — Dans l'intérêt des enfants du premier lit, le Code a organisé une triple protection.

1° Réduction de la quotité disponible. — On craint surtout que le second conjoint ne se fasse avantager par donation ou par legs. Afin de l'éviter, on réduit la quotité de biens *disponible à son profit*. De droit commun, une personne qui a des enfants peut donner à son conjoint un quart en pleine propriété et un autre quart en usufruit (art. 1094) ; mais, quand il y a des enfants d'un premier lit, cette quotité est considérablement réduite : elle est égale *à la part de l'enfant le moins prenant*, et en outre elle ne peut jamais dépasser le quart (art. 1098).

2° Réduction des avantages matrimoniaux. — Le conjoint pourrait être avantagé autrement que par des donations ou des legs ; diverses clauses du contrat de mariage peuvent lui procurer des avantages considérables. Ces avantages matrimoniaux peuvent être réduits au profit des enfants du premier lit, *comme s'ils constituaient des libéralités* (art. 1496 et 1527).

3° Réduction de la part héréditaire du conjoint survivant. — Enfin le second conjoint profite d'une troisième espèce d'avantage, qui est *légale* et ne dépend plus comme les deux premières d'une volonté libérale de l'autre époux : c'est le droit de succession accordé au conjoint survivant par la loi du 9 mars 1891. En établissant ce droit nouveau de succession, le législateur a pensé à ménager lui-même les intérêts des enfants du premier lit, et quand il en existe il réduit la part héréditaire du second conjoint.

C'est l'explication des deux art. 1496 et 1527 qui va seule faire l'objet de ce chapitre ; les dispositions indiquées sous les n°s 1 et 3 seront expliquées à propos des successions et des donations (ci-dessous, n^es^ 1872 et 3235).

***1398. Dualisme des dispositions de la loi.** — Le système établi pour protéger les enfants du premier lit se trouve énoncé dans deux endroits du Code : une première fois dans l'art. 1496 pour les avantages résultant du *régime légal* de la communauté ; une seconde fois dans l'art. 1527 pour ceux qui résultent des *clauses modificatives* connues sous le nom de « communauté conventionnelle ». Ce dualisme est au fond inutile : il n'a d'autre raison d'être que le plan du Code qui expose séparément le régime entier de la communauté pour le cas où il n'y a pas de contrat et les diverses modifica-

tions dont ce régime est susceptible. Une disposition unique pouvait suffire puisque les enfants du premier lit sont toujours protégés de la même manière, quelle que soit l'origine, conventionnelle ou légale, des avantages faits au second conjoint.

B. — Origine des dispositions de la loi.

* **1399. L'édit des secondes noces.** — Nos textes actuels se rattachent à un édit rendu en juillet 1560 par François II et qui est l'œuvre du chancelier de l'Hospital ; on l'appelle « l'édit des secondes noces ». Cet édit eut pour occasion un événement qui fit scandale : une femme portant un grand nom, la dame Anne d'Aligre, étant déjà vieille et veuve avec sept enfants, se remaria avec un jeune homme, Georges de Clermont, qui se fit faire par elle une donation considérable (Brodeau, sur Louet, lettre N, sommaire 1, n° 4 ; Lebrun, *Successions*, liv. II, chap. VI). Le chancelier s'en émut et fit signer par le roi un édit destiné à empêcher ces folles libéralités au dépens des enfants [1]. Comp. Pothier, *Contrat de mariage*, n°s 532 et suiv.

Les dispositions de l'édit passèrent en 1580 dans la seconde rédaction de la coutume de Paris (art. 279).

1400. Analyse de l'édit. — L'édit des secondes noces contenait deux dispositions différentes, qu'on appelle ses *deux chefs*.

Le premier chef, qui seul a été conservé, correspondait à la fois à toutes les dispositions du Code civil (art. 1098, 1496 et 1527) et tendait à réduire les avantages de toute nature accordés au second conjoint. Lui-même avait été emprunté à la disposition d'une loi romaine, la loi *Hac edictali* (Code, *De secundis nuptiis*, liv. V, tit. 9, loi 6). Voyez-en le texte dans Pothier, *Contrat de mariage*, n° 533, et dans Isambert à sa date.

Le second chef établissait ce qu'on appelait *le droit de dévolution*. Les personnes veuves qui se remariaient étaient obligés de conserver pour leurs enfants du premier lit les biens qu'elles avaient reçus de leur premier conjoint (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 604). Ceci a été supprimé comme entaché de substitution. Voyez ci-dessous, n° 3208.

1401. Observations critiques. — On a quelquefois soutenu que la législation restrictive établie au XVIe siècle, sous l'influence d'une émotion passagère, causée par un fait particulier, ne mérite pas d'être conservée. Elle déroge à divers principes fondamentaux, restreint gravement la liberté de disposer pour les personnes remariées, et complique outre mesure les règlements de succession par la coexistence de deux quotités disponibles qui ne concordent pas (voyez ci-dessous, n°s 3260 et suiv.). Enfin on peut se demander si les restrictions organisées par la loi atteignent réellement leur but et s'il n'est pas extrêmement aisé, avec la composition actuelle des fortunes, de tourner ses

[1] Le préambule de l'édit encore empreint de l'émotion qu'avait causée ce scandale mérite d'être rapporté : « Comme les femmes veufves ayans enfans sont souvens invitées à nouvelles nopces, et non cognoissans estre recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et... leur font des donations immenses, mettans en oubly le debvoir de nature envers leurs enfans, de l'amour desquelx tant s'en faut qu'elles se deussent esloigner par la mort des pères, que les voyans destituez du secours et ayde de leurs pères, elles devroient par tous moyens s'évertuer à leur faire double office de père et de mère ; desquelles donations, oultre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'ensuit la desolation des bonnes familles et consequemment diminution de la force de l'estat publique... »

dispositions, de sorte qu'on a la gêne du système sans en avoir le profit. Voyez à cet égard la thèse de M. Rafin, *Protection des enfants du premier lit*, Paris, 1899.

Quelques-unes des législations étrangères les plus importantes (Angleterre, Allemagne, Autriche, Russie) n'ont établi aucune protection extraordinaire contre les libéralités faites au second conjoint (Rafin, p. 142 et suiv.).

Pour ma part, je ferais volontiers une distinction dans le système de la loi. La réduction exceptionnelle de la quotité disponible ne me paraît pas justifiée : la réserve du droit commun devrait suffire. Pour les avantages matrimoniaux, la question se présente sous un autre aspect. On comprend qu'on ne se préoccupe pas de ce que le régime matrimonial peut procurer de profit personnel à l'un des conjoints tant qu'ils s'agit uniquement des intérêts des enfants nés du mariage : étant également héritiers de leurs deux parents, ils n'ont rien à craindre de l'effet de ces libéralités indirectes dont le profit finira toujours par leur arriver ; mais il en est autrement quand il s'agit d'un second conjoint, auquel les enfants du premier lit ne succéderont pas : tout ce qu'il obtient en fait d'avantages matrimoniaux est perdu pour eux, et contre ces avantages la réserve ordinaire ne les protège pas ; il n'y aurait pas lieu à réduction si la loi ne leur ouvrait pas une action exceptionnelle.

§ 2. — *Réduction des avantages matrimoniaux.*

A. — Avantages sujets à la réduction.

***1402. Analyse de ces avantages.** — La *simple adoption du régime de communauté* peut avoir pour effet de procurer un avantage considérable à l'un des conjoints aux dépens de l'autre. Il suffit pour cela qu'il y ait *inégalité entre leurs apports actifs ou passifs* ; ainsi l'entrée en communauté d'un mobilier important appartenant à l'un des époux en fait acquérir la moitié à son conjoint, et cette acquisition est pour celui-ci un pur gain, en totalité, s'il n'a rien à mettre dans la communauté, en partie, s'il y met un mobilier de valeur moindre. Le même effet se produit en sens inverse si l'un des époux a des dettes nombreuses, qui tombent en communauté d'une manière définitive, comme n'étant pas relatives à des propres ; il se trouve libéré aux dépens de l'autre de la moitié de son passif.

A plus forte raison y a-t-il avantage pour le conjoint lorsque les effets naturels de la communauté sont augmentés par des clauses exceptionnelles, comme une convention d'*ameublissement* ou l'établissement de la *communauté universelle*.

***1403. Règle ordinaire.** — En principe, ces avantages pécuniaires, quelque considérables qu'il soient, autres toutefois que les donations proprement dites qui se rencontrent assez souvent dans les contrats de mariage, ne sont pas considérés comme des libéralités. La loi les appelle des *conventions de mariage* (art. 1516 et 1525), c'est-à-dire qu'elle y voit des conventions à titre onéreux.

C'est une vieille tradition dont les motifs ne sont pas bien déterminés. Le mariage n'est pas une société ordinaire dans laquelle les associés ne recherchent que des avantages

pécuniaires et où la proportionnalité des mises et des bénéfices soit de rigueur. D'autres considérations entrent en ligne de compte : l'époux le moins riche a quelquefois d'autres avantages qui contre-balancent la différence des fortunes, tantôt son intelligence et son talent, tantôt son nom et sa situation dans le monde ou dans l'industrie. D'ailleurs qui se plaindrait de ces avantages faits par l'un des époux à l'autre? Les enfants nés du mariage n'en souffrent pas : ce qu'ils ne trouveront pas dans la succession de l'un de leurs parents, ils l'auront dans celle de l'autre ; il en résulte au plus un avantage viager pour le conjoint, et qui peut même tourner au profit des enfants si c'est le conjoint avantagé qui meurt le premier. Il n'existe donc pas de péril particulier qui rende nécessaire, dans les cas ordinaires, une mesure restrictive contre ces avantages matrimoniaux.

*1404. **Dangers des seconds mariages.** — Les choses changent d'aspect quand il y a des enfants d'un premier mariage. Quand un père ou une mère qui a déjà des enfants se remarie en secondes noces, ceux-ci sont souvent sacrifiés, et le second conjoint avantagé à leurs dépens. Or tout ce que gagne ce nouveau conjoint est perdu pour les enfants du premier lit, car il n'est pas leur parent, et ils ne lui succéderont pas. Il y a donc lieu de les protéger, et c'est pourquoi la loi leur accorde une *action en retranchement* contre ces avantages, qui deviennent réductibles en leur faveur, comme s'il s'agissait de véritables libéralités. C'est ce que font les deux art. 1496 et 1527, et ces avantages sont soumis au rapport fictif ordonné par l'art. 922 (Bourges, 28 déc. 1891, D. 93. 2. 169, S. 92. 2. 69).

*1405. **Énumération des avantages réductibles.** — Donneront lieu à réduction, sous les conditions indiquées plus loin, les avantages suivants :

1° Ceux qui résultent de la *confusion du mobilier* dans la communauté légale, si l'époux qui a des enfants d'un premier lit est plus riche que l'autre en valeurs mobilières *au moment du mariage,* ou s'il recueille plus tard des *successions mobilières.* Ce dernier point, aujourd'hui certain, avait fait doute dans l'ancien droit (voyez ci-dessous, n° 1407).

2° Ceux qui résultent de la même manière de la *confusion des dettes* :

3° L'*ameublissement* ;

4° Le *préciput* au profit du second conjoint ;

5° La clause de *partage inégal,* quand elle attribue au second conjoint une part plus forte que la moitié ;

6° La *communauté universelle,* lorsqu'elle lui fait acquérir une partie des immeubles de son conjoint.

1406. Exception. — La loi elle-même apporte une exception à la règle (art. 1527). Sont seuls réductibles les avantages qui résultent d'*apports en capitaux*, tombés en communauté pour la propriété même. Mais les avantages provenant des *revenus* que le conjoint remarié peut verser dans la communauté en plus grande abondance que l'autre, ne sont pas sujets à réduction ; si les époux font des économies sur leurs revenus, et en partagent également le profit entre eux, cet avantage ne donnera pas lieu à l'action en retranchement. Cette solution est donnée en termes formels dans l'art. 1527, elle se justifie parce que les revenus étaient affectés à l'entretien du ménage, et que les époux avaient le droit de les dépenser entièrement ; l'avantage que le second conjoint a pu en retirer n'est donc pas obtenu aux dépens des enfants du premier lit.

L'application pratique de cette exception se rencontre dans les cas de réduction de la communauté aux acquêts : un contrat de mariage qui l'adopte, sans y mêler d'autres clauses avantageuses, ne donnera donc pas lieu à l'action en réduction, puisque la communauté se composera uniquement des économies faites sur les revenus ou sur les produits de l'industrie des époux.

***1407. Inutilité de l'intention libérale.** — Quand une clause est avantageuse par sa nature pour le second conjoint, il importe peu que l'époux remarié ait eu ou non l'intention de lui faire une libéralité ; la loi ne s'attache qu'aux effets. Voyez l'art. 1527 : « Toute convention *qui tendrait dans ses effets...* » Ceci nous conduit à décider que les successions mobilières échues à l'époux remarié pourront être considérées comme un avantage réductible tout aussi bien que la confusion du mobilier existant au jour du mariage (Bourges, 28 déc. 1891, et Rouen, 11 févr. 1892, D. 93. 2. 169, S. 92. 2. 69 et 164). La question avait fait doute dans l'ancien droit et Pothier s'était même prononcé pour la négative (Pothier, *Contrat de mariage,* n° 553).

1408. Appréciation de l'existence d'un avantage. — Pour juger s'il y a quelque avantage au profit du nouvel époux, on doit attendre la liquidation de la communauté. C'est alors seulement en faisant les parts, et en tenant compte de tout ce que la communauté a pu recevoir du chef de chacun des époux, qu'on pourra voir s'il y a eu un gain pour le nouvel époux : l'inégalité qui existait primitivement a pu disparaître dans la suite.

En outre, il faut balancer les différentes clauses du contrat de mariage, pour rechercher si les avantages que se sont faits les conjoints ne sont pas réciproques ou s'ils ne sont pas rachetés par d'autres clauses ; ainsi un préciput même considérable, stipulé au profit du nouveau conjoint peut très bien n'être pas un avantage pour lui, par exemple s'il lui a été accordé en compensation d'un apport plus fort dans la communauté.

B. — Exercice de l'action en retranchement.

****1409. Cas où il y a lieu à réduction.** — C'est seulement lorsque l'avantage procuré au second conjoint dépasse la quotité disponible à son profit, telle qu'elle est fixée par l'art. 1098, qu'il y a lieu d'exercer contre lui une action en réduction. Or, d'après cet article, le second conjoint ne peut pas recevoir plus qu'une part *d'enfant légitime le moins prenant,* et sans que cette part puisse dépasser le quart des biens. Si les avantages qui lui sont faits dépassent l'une ou l'autre de ces deux limites, il y a lieu à réduction.

Dans l'art. 1496 la loi se sert de l'expression « action en retranchement » ; il ne faut point voir là l'indice d'une action spéciale à cette hypothèse, c'est l'action en réduction ordinaire que la loi désigne ici d'un nom accidentel emprunté au langage des anciens auteurs : en commentant l'édit des secondes noces, Pothier employait indifféremment les termes « réduction » et « retranchement » (Pothier, *Contrat de mariage,* n°s 567, 568, 572,

etc.). Dans la pratique moderne on ne se sert plus guère du mot « retranchement ».

1410. Nullité des avantages cachés. — La simple réduction suppose que tout s'est passé au grand jour : il y a un avantage résultant des conventions matrimoniales, mais il provient de stipulations directes et apparentes. S'il y avait eu *déguisement* ou *interposition de personne*, la libéralité serait nulle pour le tout, du moins avec l'interprétation qu'a reçue l'art. 1099 (Pau, 24 juill. 1872, D. 76, 5. 334, S. 72. 2. 150 ; Rennes, 7 avril 1892, D. 92. 2. 245). Voyez ce qui sera dit sur cet article à propos des donations (ci-dessous, n°s 3252 et suiv.).

***1411. Qui peut agir en retranchement.** — Sur ce point la loi a statué d'une manière expresse : dans les deux art. 1496 et 1527 elle attribue l'action limitativement aux *enfants du premier lit*, et comme il s'agit d'une action en réduction, ceux-ci ne peuvent agir qu'en qualité d'*héritiers*, ce qui suppose qu'ils ne sont *ni renonçants ni indignes*. Il n'y a d'action en réduction qu'au profit des *réservataires*, et il n'y a de réserve qu'au profit des successibles qui ont *utilement accepté la succession*.

***1412. Droit des enfants du second mariage.** — Il faut bien entendre la loi : quand elle a nommé uniquement les enfants du premier lit, elle a voulu dire simplement qu'il n'y aurait lieu à réduction qu'autant qu'il en existerait. Par conséquent, si tous ces enfants sont déjà morts, ou si aucun d'eux n'accepte la succession, l'action en retranchement ne peut pas *naître en la personne des enfants du second mariage*. Ceux-ci n'y auront donc jamais droit de leur chef, puisque la loi ne la leur accorde pas, mais cela ne veut pas dire qu'ils n'en doivent pas profiter. Supposons-la ouverte au profit des enfants du premier lit et exercée par eux, après leur acceptation : le bénéfice qu'ils vont en retirer se partagera également entre eux et leurs frères consanguins ou utérins nés du second mariage de leur père ou mère. Il y a, en effet, une règle essentielle pour les successions dévolues aux enfants de la même personne : c'est la règle du partage égal entre frères (art. 745). Il ne peut donc y avoir aucune différence entre les parts d'enfants par l'effet d'une action ouverte à quelques-uns d'entre eux. Nous trouvons là un cas où une personne obtient par l'intermédiaire d'autrui un bénéfice qu'elle ne pourrait pas réclamer en son propre nom.

Il faut même aller plus loin : l'action ouverte au profit des enfants du premier lit pourrait être exercée par les enfants nés du second mariage, parce que ceux-ci, appelés à participer au bénéfice de la réduction, ne doivent pas souffrir de la négligence de leurs frères et sœurs. Ils ont un droit acquis au profit qu'ils peuvent en retirer. Telle est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 43 ; Demolombe, t. XXII, n° 602 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*-x).

1413. Refus de l'action à l'époux remarié. — En tout cas, le conjoint qui se marie, ayant déjà des enfants, ne serait pas admis à exercer lui-même l'action en retranchement contre son nouvel époux (Colmar, 19 févr. 1845, D. 46. 2. 197).

1414. Ouverture de l'action. — C'est en qualité de *réservataires* que les enfants attaquent les avantages faits au nouvel époux. Il faut donc que la succession de leur père ou mère soit déjà ouverte. Par conséquent il n'y aura pas lieu à l'action en retranchement si la communauté se dissout du vivant des deux époux par le divorce ou la séparation de corps ou de biens, et provisoirement la liquidation s'en fera conformément au contrat de mariage. C'est plus tard, après le décès de l'époux marié en secondes noces, qu'on pourra voir si l'action en retranchement est possible.

1415. Marche à suivre pour opérer le retranchement. — Nos anciens auteurs indiquaient un procédé qui peut encore être suivi en pratique (Renusson, *Communauté*, IVe partie, chap. III, nos 21 et 22). Après que la masse commune est liquidée, chaque époux commence par en retirer tout ce qui y est entré de son chef, tout ce qui constitue ses apports en communauté, déduction faite de leurs dettes respectives qui auraient pu être payées sur les biens communs. Ces reprises une fois opérées, on fait deux parts de ce qui reste de la communauté et chaque époux en prend une. La succession de l'époux prédécédé se trouve donc ainsi composée : 1° ses biens propres ; 2° ses apports retirés de la communauté ; 3° la moitié du surplus de la communauté. Le tout se partage par parts égales entre les enfants du premier lit, ceux qui sont nés du second mariage et le second conjoint, qui ne prend ainsi qu'une part d'enfant, quotité disponible déterminée par la loi.

LE RÉGIME SANS COMMUNAUTÉ

CHAPITRE UNIQUE

1416. Sa rareté pratique. — D'après les documents publiés en 1898, ce régime est assez rare ; beaucoup moins toutefois qu'on ne le disait. On en voyait jadis des exemples en Normandie, où les notaires cherchaient à construire sous l'empire du Code civil un régime qui se rapprochât autant que possible du régime ancien de la province. Or, « la sage coutume », comme on appelait la coutume normande, prohibait la communauté (art. 389). L'habitude de l'écarter avait donc survécu dans les familles et dans les études de notaires ; mais elle est en train de se perdre, car on signale seulement 11 contrats de ce genre en 1898 sur plus de 6 000 signés cette année-là dans les ressorts de Caen et de Rouen réunis.

D'un autre côté, le régime sans communauté est adopté assez souvent dans une région limitée, aux environs de Lyon et de Saint-Étienne, où il est volontiers choisi dans des familles de grands industriels (212 cas en 1898).

Quant aux 1287 cas relevés en 1898 pour les ressorts de Toulouse, Montpellier, Nîmes, Lyon et Grenoble, on peut se demander si ce ne sont pas tout simplement des stipulations tendant à la constitution du régime dotal.

Si rare chez nous, le régime sans communauté est devenu le droit commun en Allemagne depuis la mise en vigueur du nouveau Code (ci-dessus, n° 900).

1417. Ses avantages. — Le régime sans communauté présente des avantages analogues à ceux de la séparation de biens ; la femme est à l'abri de la spéculation du mari ; elle n'est pas associée à ses risques et à son passif. De son côté, le mari n'a pas à partager avec sa femme ou avec les héritiers de sa femme les bénéfices qu'il a pu réaliser, et il n'est pas obligé par une liquidation à leur dévoiler l'état de ses affaires et les secrets d'intérêts qu'il peut avoir besoin de tenir cachés.

De plus, le mari obtient l'administration des biens de sa femme et la jouissance de ses revenus ; et c'est là un avantage que ne lui donnerait pas la séparation de biens proprement dite.

1418. Cas particulier. — Si deux époux avaient adopté le régime de la communauté sous une condition suspensive, ils se trouveraient provisoirement mariés sous le régime sans communauté, s'ils n'en avaient pas adopté un autre à la place. Il faut en effet leur faire l'application des art. 1530 et 1536, qui établissent ce régime toutes les fois que les époux ont simplement écarté la communauté sans stipuler expressément la séparation de biens.

* **1419. Idée générale du régime.** — La loi n'en a pas donné de définition, et il est assez difficile d'en formuler une. Voici ce qu'en disent MM. Aubry et Rau, et leur procédé me paraît la meilleure manière de faire comprendre la situation : chaque époux conserve pour lui la propriété de tout son patrimoine et il ne s'établit entre eux *aucune société de biens* ; leurs *dettes* restent *séparées*, et les *acquisitions* que chacun d'eux fait pendant le mariage, à un titre quelconque, lui demeurent *propres*. — Tout ceci résulte de ce que les époux ont exclu la communauté.

A tous autres égards, les époux sont soumis à toutes les règles coutumières du régime de la communauté. Le mari a l'*administration* de tous les biens de la femme (art. 1530 et 1531) ; il en a *la jouissance en son nom personnel* (art. 1530) ; les récompenses dues au mari se calculent conformément à l'art. 1437 (Cass., 2 mai 1906, D. 1906. 1. 401, P. et S. 1909. 1. 17).

Cette analyse sommaire du régime dispense de bien des longues explications. On peut dire qu'en somme c'est le régime de la communauté, moins cette communauté elle-même. Il faut traiter tous les biens des époux, mobiliers ou immobiliers, comme des propres de communauté ; toutes leurs dettes comme des dettes personnelles exclues de la communauté ; et laisser au mari son droit de gestion et de jouissance sur le patrimoine de la femme.

1420. Gestion des biens de la femme. — D'après l'art. 1530, cette gestion appartient au mari ; c'est lui qui reçoit le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage (art. 1531) et il devient même propriétaire, conformément aux règles du quasi-usufruit, des choses consomptibles par le premier usage, sauf à en restituer plus tard la valeur (art. 1532). Le mari est chargé par le même article d'en faire dresser un inventaire ou un état estimatif.

1421. Séparation des dettes. — Les créanciers de chaque époux ne peuvent saisir que ses biens, et non ceux de son conjoint ; et encore faut-il pour les dettes de la femme antérieures au mariage, que l'acte qui les constate ait date certaine, sinon le créancier serait réduit à saisir la nue propriété de ses biens pour respecter l'usufruit du mari.

Toutefois, s'il y avait eu confusion des mobiliers respectifs des deux époux, les créanciers de l'un et de l'autre seraient autorisés à exercer des poursuites sur tous leurs meubles.

1422. Usufruit du mari. — L'art. 1530 donne au mari le droit de percevoir tous les fruits des biens de sa femme et l'art. 1533 lui impose toutes les *charges de l'usufruit* (réparations d'entretien, contributions) ; mais il n'est pas obligé de fournir caution.

Par dérogation à la règle, la femme peut se réserver par son contrat de mariage, le droit de percevoir sur ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (art. 1534). Quand une pareille réserve a été faite, la femme a la libre disposition de cette portion de ses revenus, et si elle fait des économies, les sommes économisées ou les biens qu'elle a pu acheter avec elles, lui appartiennent personnellement et échappent à la disposition du mari, alors même qu'en fait la femme aurait laissé cet argent entre ses mains (Cass., 18 mai 1897, D. 97. 1. 407, S. 1901. 1. 491).

1423. Gains personnels de la femme. — Les produits du travail de la femme lui restent propres, sous ce régime comme sous tous les autres, en vertu de la loi du 13 juillet 1907. Auparavant la question était discutée (Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 264 ; Thaller, n° 173). En outre, la femme possède sur les biens acquis par son travail la même indépendance que sous le régime de communauté, puisque la loi de 1907 déroge de la même façon à tous les régimes.

1424. Analogie avec le régime dotal. — Un pareil régime présente une analogie frappante avec le régime dotal lorsque la constitution de dot est universelle ; dans les deux cas, tous les biens de la femme sont *dotaux pour la jouissance*. Aussi Rodière et Pont (t. III, n° 2067) ont pensé que, dans le silence de la loi, il convenait d'appliquer au régime sans communauté les règles du régime dotal. C'est certainement une erreur, et tous les auteurs se prononcent en sens contraire : le régime sans communauté est un régime *d'origine coutumière*, qui s'est formé par voie de simple modification de la communauté : de même que sous le régime dotal, il peut n'y avoir pas de dot, auquel cas

on obtient un simple régime de séparation de biens ; de même sous le régime de la communauté, on peut réduire à néant la masse commune, auquel cas on obtient le régime sans communauté. Dans le premier cas, c'est l'esprit romain qui subsiste ; dans le second, c'est l'esprit coutumier. Comp. Aubry et Rau, t. V, § 499, texte n° 2 et note 2, et les auteurs qu'ils citent. Il n'y a pas à douter de la justesse de cette solution, étant donnée la place que le régime sans communauté occupe dans le Code civil, dans le chapitre de la communauté et non dans celui du régime dotal.

L'intérêt de cette question se rencontre pour l'exercice des *actions immobilières pétitoires* appartenant à la femme : si on appliquait au régime sans communauté les règles du régime dotal, on en donnerait l'exercice au mari, conformément à l'art. 1549 ; comme on suit au contraire les règles de la communauté, on refuse au mari l'exercice de ces actions, conformément à l'art. 1428 (Aubry et Rau, t. V, § 531, texte et note 13).

Aliénabilité des immeubles de la femme. — Notons l'art. 1535, qui, prévoyant le rapprochement tout indiqué avec le régime dotal, dit que les immeubles constitués en dot sous le régime sans communauté *ne sont point inaliénables*, quoique la femme, en sa qualité d'incapable, n'en puisse pas disposer sans l'autorisation de son mari ou de justice.

1425. Suppression de la loi Quintus Mucius. — Une loi romaine, dont il sera parlé à propos du régime dotal (ci-dessous, n° 1659), et qui était relative aux acquisitions faites par les femmes mariées, présumait que le mari, qui a la jouissance de tous les revenus de sa femme, avait payé les acquisitions faites par celle-ci, et, en vertu de cette présomption, elle en attribuait la propriété au mari. Pour échapper à cette présomption, la femme devait démontrer qu'elle avait acquitté elle-même le prix, avec ses propres deniers. Ce texte est connu sous le nom de *loi Quintus Mucius* (*Dig.*, liv. XXIV, tit. 1, fr. 51).

La Cour de cassation a jugé que cette loi, qui n'a été reproduite par aucun article de nos lois, a cessé d'exister et qu'elle est inapplicable à tous les contrats passés depuis la promulgation du Code civil (Cass., 18 mai 1897, D. 97. 1. 407, S. 1901. 1. 491). En conséquence, les biens acquis par une femme mariée sous le régime exclusif de communauté deviennent sa propriété personnelle, alors même que l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition ne serait pas indiquée, sauf aux héritiers du mari à prouver que c'est lui qui a fourni l'argent, quand il veulent s'en faire tenir compte. Dans notre droit c'est la personne au nom de laquelle l'acquisition est faite qui devient propriétaire, et non pas le bailleur de fonds qui lui avance l'argent destiné à acquitter le prix. Sur la loi *Quintus Mucius* en Allemagne, voir Biéville, cité ci-dessus, n° 775.

RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

CHAPITRE UNIQUE

§ 1. — *Généralités.*

****1426. Définition.** — Le régime de séparation de biens est un régime qui non seulement exclut l'existence de toute communauté entre les époux, mais qui en outre enlève au mari tout droit d'administration et de jouissance sur les biens de sa femme ; celle-ci administre seule sa fortune et en perçoit tous les revenus.

Pour le cas exceptionnel, où une société d'acquêts serait jointe à un régime de séparation de biens et pour les difficultés que soulève cette combinaison hybride, voyez Cass., 5 mai 1905, D. 1907. 1. 316, P. et S. 1906. 1. 195.

****1427. Sa double source.** — Le régime de la séparation de biens peut exister dans deux cas différents :

1° Lorsqu'il est *organisé par le contrat de mariage* parce que les époux l'ont choisi pour leur régime matrimonial[1] ;

2° Lorsque les époux qui s'étaient mariés d'abord sous un autre régime ont été ensuite *séparés de biens par jugement.*

Son origine est donc tantôt *judiciaire* et tantôt *conventionnelle.* Cela ne fait pas deux régimes de séparation de biens, car il n'y a pour lui qu'une seule réglementation, sauf sur un point qui sera indiqué plus loin (ci-dessous, n° 1432), Quand on parle de séparation judiciaire ou de séparation conventionnelle, on fait donc allusion *à la cause qui a établi ce régime.*

1428. Différence principale des deux séparations. — Il y a cependant entre les deux hypothèses une différence importante : la séparation de biens judiciaire est un *régime provisoire et fragile,* qui peut parfois durer aussi longtemps que le mariage, mais qui peut aussi prendre fin bien

[1] D'après la statistique des contrats de mariage de l'année 1898, dressée par l'Administration de l'Enregistrement, cette stipulation est très rare : 2 128 seulement sur 82 346 contrats (*Bulletin de statistique,* 1899 ; *Bulletin de la Société de législation comparée,* juin 1900, n° 565). Le régime de séparation est en effet contraire à l'essence du mariage qui est d'établir la communauté d'existence entre les époux. Il répond seulement à certaines situations exceptionnelles, quand le mari et la femme ont des intérêts compliqués et distincts. Dans le même sens, TURGEON, *Le féminisme français,* t. II, p. 125 et 142.

auparavant, ainsi que cela a été expliqué ci-dessus, nos 1199 et suiv. Au contraire la séparation de biens conventionnelle est un *régime matrimonial immuable,* comme tous ceux qui dérivent du contrat de mariage (art. 1395). Cette différence était déjà admise avant le Code civil, elle remonte à d'anciens arrêts rapportés par Louet, lettre M, sommaire 4.

1429. Adoption du régime. — Quand deux personnes veulent adopter la séparation de biens comme régime, il faut qu'elles s'en expliquent clairement. Si elles se bornent à exclure la communauté, elles se trouvent placées sous le régime sans communauté (art. 1530), qui produit des effets fort différents, puisqu'il donne au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme. Comp. art. 1536.

Cette disposition du Code vient de l'ancien droit. Dans les pays de coutumes, comme le régime normal était la communauté, les conventions matrimoniales qui s'en écartaient étaient toujours interprétées d'une manière restrictive, de façon à ramener autant que possible tous les contrats au régime usuel (Pothier, *Communauté*, nos 461 et 464).

1430. Inventaire du mobilier. — Malgré la séparation de leurs intérêts, le mobilier des époux peut se trouver confondu en fait, même le mobilier incorporel si ce sont des titres au porteur. Les créanciers de l'un d'eux seraient donc autorisés à saisir tout le mobilier que les époux possèdent en commun, sauf à l'époux non débiteur à demander la distraction des meubles qu'il justifierait lui appartenir, conformément à l'art. 608 C. proc. civ. De là l'intérêt que chacun d'eux peut avoir à ce que son mobilier soit inventorié. Comp. ci-dessus, no 1421, et voyez Orléans, 25 juin 1909, P. et S. 1910. 2. 115.

§ 2. — *Contribution de la femme aux charges du ménage.*

***1431. Nécessité de cette contribution.** — Il y a entre les fortunes des deux époux une séparation absolue, qui porte aussi bien sur la jouissance des revenus que sur les capitaux. Cependant, puisque leur vie est commune, comme celle de tout autre ménage, il faut bien subvenir aux dépenses annuelles, et il est juste que la femme y contribue pour une part. Or le régime de séparation ne comporte pas de *dot* ; aucun bien de la femme n'est spécialement affecté à aider le mari à supporter ces charges. Il ne reste donc qu'une seule solution possible : c'est que *la femme prélève elle-même sur ses revenus* la somme qui représente sa part contributoire dans les charges communes et qu'*elle verse cette somme au mari.* C'est ainsi du moins que les choses doivent se passer, quand il n'est porté aucune atteinte au régime de la séparation.

1432. Sa quotité. — Quelle sera cette part contributoire de la femme ? Sur ce point nous trouvons dans le Code deux articles différents : l'un, pour le cas de *séparation judiciaire,* décide que la femme contribue aux charges *proportionnellement à ses facultés* (art. 1448) ; l'autre, pour le cas de *séparation contractuelle,* fixe la part contributoire de la femme *au tiers de ses revenus* (art. 1537 et 1575).

Cette différence n'existait pas dans l'ancien droit (Pothier, *Communauté*, n° 464). Elle n'a d'ailleurs pas de raison d'être ; s'il a paru utile au législateur d'adopter une quote part fixe pour la contribution de la femme quand la séparation résulte des conventions matrimoniales, pourquoi ne pas appliquer la même mesure à la séparation judiciaire ? En réalité, ce chiffre du tiers, qui est tout à fait arbitraire, ne vaut pas à beaucoup près le principe de proportionnalité qu'on suivait jadis. Il est vrai que ses inconvénients auront rarement l'occasion de se produire, parce qu'il est établi pour la séparation conventionnelle, qui suppose toujours la rédaction d'un contrat de mariage, et comme il ne convient presque jamais aux parties, celles-ci *adoptent une autre base de répartition*, comme l'art. 1537 leur en laisse la liberté. Les époux peuvent même convenir que l'un d'eux en sera seul chargé, par exemple le mari, et que la femme n'y contribuera en rien (Metz, 17 août 1858, D. 59. 2. 130, S. 59. 2. 49).

1433. Cas où le mari est sans ressources. — Le même résultat arrive assez souvent, en cas de séparation judiciaire, lorsque le mari est sans ressources ; la femme est alors obligée de supporter *en totalité* les charges du ménage. L'art. 1448 a lui-même prévu ce cas.

1434. Période antérieure au jugement de séparation. — Quand la séparation est judiciaire, la femme se trouve-t-elle *rétroactivement tenue* des frais faits avant le jugement et que le mari est hors d'état de payer ? Une distinction semble nécessaire : s'il s'agit de l'*entretien du ménage*, c'est une dette de communauté dont la femme se trouve dispensée par l'effet de sa renonciation (Paris, 21 avril 1830, S. chr. 9. 2. 430) ; s'il s'agit de l'*éducation des enfants*, c'est une dette personnelle aux deux époux, dont la femme se trouve tenue autant que le mari et elle doit s'en acquitter aussi bien pour le passé que dans l'avenir (Agen, 18 juin 1851, D. 51. 2. 228, S. 52. 2. 18).

1435. Obligation du mari. — Moyennant le versement de sa part dans les charges communes, la femme doit être défrayée de tout par son mari : elle est en quelque sorte *en pension chez lui* [1]. Aussi comprend-on assez mal la décision de la loi qui laisse en principe à la femme séparée contractuellement la libre disposition des deux tiers de son revenu.

1436. Droit du mari. — Le mari n'est pas comptable envers sa femme de la somme qu'il reçoit ; il règle comme il lui plaît les dépenses du ménage. Les juges ne peuvent pas décider que la femme les acquittera elle-même ; ce serait placer le mari dans une situation inférieure et subordonnée, contraire à son rôle de chef de la famille (Riom, 16 févr. 1853, D. 54. 5. 605 ; Douai, 19 janv. 1897, D. 97. 2. 191).

1437. Double tempérament. — 1° Jurisprudence. — Cependant, s'il était prouvé que le mari détourne de leur destination naturelle, qui est l'entretien du ménage et des enfants, les sommes qui lui sont ainsi versées par sa femme, celle-ci pourrait se faire autoriser à employer elle-même l'argent. Cette autorisation lui est assez souvent donnée, à la suite d'une séparation judiciaire, lorsque la conduite du mari donne à craindre qu'il n'emploie les ressources de sa femme à ses dépenses personnelles (Cass., 6 mai 1835, S. 35. 1. 415 ; Caen, 8 avril 1851, D. 52. 1. 127, S. 51. 2. 720). Cette jurisprudence, critiquée par quelques auteurs parce qu'elle ne peut s'appuyer sur aucun texte, est cependant conforme à l'espèce de surveillance que l'autorité judiciaire exerce sur la façon d'agir du mari ; elle est le complément indispensable de la séparation de biens. Comp Guillouard, t. III, n° 1223.

2° Loi du 13 juillet 1907. — Un autre procédé, plus rapide et plus énergique, a été institué par la loi du 13 juillet 1907 : c'est la *faculté réciproque de saisie des salaires*, déjà expliquée (voyez t. I, n° 906), qui n'a rien de spécial à ce régime, mais qui offre cette particularité de s'appliquer seulement aux *gains* et *salaires* des époux, tandis que les mesures autorisées antérieurement par la jurisprudence peuvent porter sur des revenus d'une nature quelconque.

[1] Cette expression est déjà dans Pothier (*Communauté*, n° 461).

1438. Action des tiers contre les époux. — Les fournisseurs, créanciers des époux, ont certainement action contre le mari, même quand il s'agit de fournitures faites à sa femme (Cass., 27 janv. 1857, D. 57. 1. 142). Peuvent-ils également atteindre la femme et dans quelle mesure ? La jurisprudence est assez pauvre sur cette question, sauf pour les frais d'éducation des enfants. Pour ceux-ci, il n'est pas douteux qu'il y a une obligation personnelle de la femme, qui est tenue d'y pourvoir de ses deniers, et au besoin pour le tout (Agen, 13 juill. 1849, D. 49. 2. 168 ; Paris, 29 mars 1850, D. 50. 2. 137, S. 50. 2. 387). Mais pour les dépenses de ménage, la question est discutée en doctrine : M. Guillouard croit à l'existence d'une obligation personnelle de la femme envers les tiers qui ont traité avec son mari (t. III, n° 1222) [1] ; je préfère dire avec Laurent (t. XXII, n° 284) qu'à moins d'un engagement formel de la femme, les tiers n'ont pas d'action contre elle : quand l'art. 1448 dit que la femme « contribue » aux charges du ménage, il suppose le mari agissant seul et contractant seul, en se faisant simplement verser par sa femme une part contributoire. Il ne faut pas oublier que, d'après l'art. 214, l'entretien de la femme est à la charge du mari. Il n'y a pas d'arrêts sur la question.

1438 *bis*. Modification de la contribution de la femme. — Le règlement établi par le contrat de mariage ou par la loi doit être considéré en principe comme définitif. Cependant la part contributoire de la femme pourrait être modifiée si les revenus du mari devenaient tout à fait insuffisants (Cass., 2 juill. 1851, D. 51. 1. 272, S. 51. 1. 509).

§ 3. — *Capacité de la femme séparée.*

1439. Observation importante. — Tout ce qui suit sur la capacité de la femme séparée de biens doit s'entendre de la situation normale, celle où la femme ne possède pas de *biens réservés* ; mais lorsque la femme séparée gagne assez d'argent par son travail pour faire des économies et des placements de capitaux, il faut tenir compte de la liberté très étendue qu'elle possède alors en vertu de la loi du 13 juillet 1907, dont les dispositions expliquées ci-dessus (n° 1405) s'appliquent à ce régime comme à tous les autres. Toutefois, comme il n'y a pas de communauté entre les époux, on n'a pas à tenir compte des dettes contractées par le mari, même dans l'intérêt du ménage, et les biens réservés de la femme servent exclusivement de gage à ses créanciers personnels.

Au cas où une femme séparée de biens possède des biens réservés, il faut tenir compte de deux sortes de dettes dans son passif : si elle a contracté pour les besoins de son administration elle aura engagé *tous ses biens,* tant ordinaires que réservés, conformément à ce qui est dit ci-dessous, n°s 1456 et 1457 ; si elle a contracté en dehors des besoins de cette administration, ses actes n'engagent que ses biens réservés (L. 13 juillet 1907, art. 3),

***1440. Ancien effet de la séparation.** — Primitivement la séparation avait

[1] L'opinion de M. Guillouard repose sur une confusion entre l'éducation des enfants, dont la femme est tenue comme son mari, et l'entretien de la femme dont le mari est seul tenu (art. 214).

pour effet de faire sortir entièrement la femme de la puissance du mari et de lui rendre toute sa capacité : « Facta separatione, mulier non est amplius in potestate mariti » (DUMOULIN, note sur coutume de Bourbonnais, art. 170) ; « Exit extra potestatem viri, sui juris et legitima persona efficitur æque ac si vir naturaliter moreretur » (GOUSSET, sur la coutume de Chaumont, art. 170. Comp. *Coutume de Sedan*, art. 97, et de *Lorris*, chap. VIII, art. 6). Ce système est même resté écrit en toutes lettres dans la coutume de Paris (art. 106 A. C ; art. 224 et 234 N. C.), où l'on voit que la femme n'a plus besoin de l'autorisation de son mari quand elle est séparée, et nous savons par TIRAQUEAU que cette liberté était entière au XVIe siècle (*De legibus connubialibus*, XVI, gl. 6, nos 38 et 39). Mais la jurisprudence changea, sans que nous sachions au juste à quelle époque [1], et du temps de Lebrun (mort en 1708), on ne permettait plus à la femme de *disposer de ses immeubles* sans l'autorisation de son mari, bien qu'on lui permît encore de *plaider seule* en matière immobilière. Lebrun explique cette différence en disant que la femme qui contracte n'est plus, comme quand elle plaide, « sous l'inspection des juges » (*Communauté*, livre II, chap. II, sect. 1, no 8). Laurière attribue cette jurisprudence nouvelle à l'influence des jurisconsultes espagnols et il cite à cette occasion Gutierez (LAURIÈRE, *Coutume de Paris*, sur l'art. 234). On arriva ainsi à établir comme maxime que *la séparation a pour la femme le même effet que l'émancipation pour les mineurs* (LEBRUN et LAURIÈRE, *loc. cit.*).

****1441. État actuel du droit.** — Le Code a conservé ce principe, et il l'a même développé en poussant plus loin l'assimilation de la femme et du mineur émancipé. Les art. 1449 et 1536 lèvent en partie, mais non complètement, les incapacités établies par les art. 215 et 217 ; la femme séparée est *capable d'administrer seule, incapable d'aliéner ou de plaider sans autorisation*. Telle est du moins la formule générale qui résume le système de la loi. Pour la commenter, il y a lieu d'examiner séparément : 1° les *actes d'administration* ; 2° les *aliénations* ; 3° les *obligations* ; 4° le *placement des capitaux* ; 5° les *actions en justice*.

***1442. Explication théorique.** — Actuellement on considère la femme séparée de biens comme se réservant par son contrat de mariage ou obtenant par le jugement de séparation une *capacité partielle* qui lui permet d'*agir sans avoir besoin d'autorisation*. Tel n'était pas le point de vue des auteurs du XVIIIe siècle : ils disaient que les contrats de mariage, qui adoptaient le régime de séparation de biens portaient *une clause générale d'autorisation pour agir et administrer*, et que la sentence portait la même chose, quand la séparation était judiciaire (LEBRUN, *Communauté*, liv. II, chap. I, sect. 1, no 12). On comprend dès lors comment la restriction a pu se faire ; les juges ont cessé d'autoriser la femme d'une manière aussi large dans les sentences de séparation.

1443. Projets de réforme. — Un projet déposé au Sénat, le 12 juin 1884 par MM. Allou, J. Simon et autres, rendait à la femme séparée de biens la pleine capacité qui n'a été finalement accordée qu'à la femme séparée de corps (*J. off.*, Sénat, Documents, 1884, p. 259 et 567). Sa disposition relative à la femme séparée de biens fut écartée sur

[1] Laurière dit seulement que « la Cour (le Parlement de Paris) a établi cette jurisprudence par plusieurs de ses Arrêts » (*Coutume de Paris*, sur l'art. 234. Édit. de 1777, t. II, p. 222).

les observations du Conseil d'État. Cependant l'opinion s'accoutume de plus en plus à l'idée que la simple séparation de biens doit rendre à la femme sa pleine capacité civile ; on estime qu'il y a contradiction à « maintenir la haute direction des affaires de la femme au mari qui s'est montré incapable dans le gouvernement de ses propres affaires et des affaires communes » (Bufnoir, *Annuaire français*, 1894, p. 57). Comp. Lyon-Caen, *Bulletin du comité des travaux historiques*, section des sciences économiques, 1884, p. 53. La Société d'études législatives a discuté un projet en ce sens (*Bulletin*, année 1912, question n° 28).

1444. Observation. — Jusqu'en 1893 le régime que nous allons décrire s'appliquait à la femme séparée de corps en même temps qu'à la femme séparée de biens seulement, et cette double application est encore écrite dans la loi (art. 1449, al. 1er). Cependant depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps n'est plus soumise à ces dispositions et elle possède une pleine capacité, mais cette réforme se trouve indiquée seulement dans l'art. 311 et l'ancienne rédaction de l'art. 1449 a subsisté, bien qu'il soit partiellement abrogé.

A. — Actes d'administration.

****1445. Disposition de la loi.** — Les textes disent que la femme séparée « reprend la *libre administration* de ses biens » (art. 1449) ou « l'*entière administration* » (art. 1536). En général on interprète ces textes dans la doctrine, comme s'ils donnaient à la femme une capacité plus étendue que celle du mineur émancipé, auquel la loi permet seulement les actes de *pure administration* (art. 481). Les actes de pure administration seraient ceux qui concernent exclusivement les revenus, soit pour les *faire naître*, en donnant des biens à bail, soit pour les *percevoir* et en donner quittance, soit pour les *dépenser* en les employant à l'entretien annuel des biens et des personnes, soit pour en *placer le reliquat* sous la forme d'économies.

La libre administration comprend en plus certains actes concernant les capitaux, savoir : 1° la *réception d'un capital exigible* quand le débiteur veut se libérer[1] ; 2° le *placement* du capital en achat de biens fonds ou de valeurs mobilières. Ainsi le mineur émancipé ne peut ni recevoir un capital mobilier ni en donner décharge (art. 482). Comp. Guillouard, t. III, n° 1177 ; Laurent, t. XXII, n° 293.

J'estime que la différence ainsi établie entre l'administration de la femme séparée et celle du mineur émancipé repose sur une méprise. C'est exagérer le sens du mot « libre » dans l'art. 1449, qui signifie seulement que la femme administre librement sans avoir besoin de l'autorisation de son mari et sans pouvoir être gênée par lui dans les décisions qu'elle a à prendre. Il en est de même du mot « entière » de l'art. 1536 qui veut dire simplement que la femme reprend l'administration de sa fortune entière, de tous ses biens sans exception. Voyez dans ce sens l'emploi qui est fait du mot « libre » dans l'art. 1536, à propos de la jouissance des revenus.

***1446. Baux.** — La femme séparée peut donner ses immeubles à bail dans la mesure où le bail est un acte d'administration, c'est-à-dire pour

[1] La femme séparée de biens peut recevoir ses capitaux et donner mainlevée de l'hypothèque (Cass., 31 janv. 1911, P. et S. 1913. 1. 249).

neuf ans au plus (t. I, n° 1887). Les baux de plus de neuf ans seraient réductibles sur la demande de la femme ou du mari (Paris, 24 déc. 1859, D. 60. 5. 350). Le mari ne peut entraver les locations projetées par sa femme, même sous prétexte d'utiliser l'immeuble pour y établir le domicile conjugal (Caen, 8 avril 1821, D. 52. 2. 127, S. 51. 2. 729 ; Bordeaux, 28 juill. 1881, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 126, note 1, S. 82. 2. 68). Voyez cependant, pour le cas de fraude de la femme, Douai, 24 juill. 1865, D. 66. 2. 29.

Il a même été jugé que la femme séparée peut prendre sans l'autorisation de son mari un immeuble à bail, pour une durée qui n'excède pas neuf ans, afin de l'exploiter et de vivre du produit de son travail (Bordeaux, 22 févr. 1878, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 126, note 2). Toutefois les baux dans lesquels la femme joue ainsi le rôle de preneur ne peuvent être faits par elle sans autorisation qu'autant qu'ils n'ont pour effet ni de changer sa résidence ni de lui faire acquérir une profession nouvelle.

1447. Convention de titres nominatifs. — La jurisprudence considère la conversion de titres nominatifs en titres au porteur comme étant un acte d'administration et elle autorise la femme à y procéder sans l'intervention de son mari (Cass., 8 févr. 1870, D. 70. 1. 336, S. 70. 1. 189 ; Cass., 13 juin 1876, D. 78. 1. 181). La question est discutée en doctrine ; voyez dans le sens de la jurisprudence Guillouard, t. III, n° 1197, et en sens contraire Lyon-Caen, note dans le *Sirey*, 69. 2. 321. Il est certain que cette facilité donne à la femme le moyen de disposer en fait de ses valeurs mobilières qui pourront être ensuite aliénées par elle de la main à la main. Rappelons que la loi du 27 février 1880, sur les valeurs mobilières des mineurs et interdits, dont l'art. 10 soumet la conversion des titres nominatifs aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres, ne peut pas être étendue aux femmes séparées de biens.

1448. Partage des successions mobilières. — Il est généralement admis dans la doctrine que la femme séparée a qualité pour procéder seule au partage des successions purement mobilières à elle échues, tout au moins lorsque le partage se fait à l'amiable. On argumente en ce sens de diverses dispositions de loi qui semblent considérer le partage comme un acte d'administration (art. 817). Voyez en ce sens Aubry et Rau, t. V, § 516, note 58 ; Laurent, t. XXII, n° 314 ; Guillouard, t. III, n° 1198. Cependant on peut remarquer que l'art. 817 soumet en toute hypothèse le tuteur d'un mineur ou d'un interdit à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille ; or le Code civil laissait au tuteur un pouvoir de gestion extrêmement étendu. Voyez du reste les observations de M. Labbé, rapportées par Guillouard, *loc. cit.*, ainsi que Dutruc, *Séparation de bien*, n° 340.

B. — Actes d'aliénation.

1° Aliénation des immeubles.

1449. Ancien droit. — Une clause autrefois très usitée dans les contrats de mariage établissant la séparation conventionnelle donnait à la femme l'autorisation générale d'aliéner ses immeubles. Elle était admise notamment dans le Berry (*Coutume de Berry*, tit. Ier, art. 21. — Comp. Guyot, *Répert.*, t. I, p. 828-832) et dans le ressort du Parlement de Flandre ; mais très combattue par Lebrun (*Communauté*, liv. II, chap. I, sect. 4, nos 1 à 8). En Bourgogne le pouvoir d'aliéner était en général accordé à la femme par le tribunal qui prononçait la séparation. — Voyez aussi Lebrun, *ibid.*, sect. 1, n° 16, et Louet, lettre F, sommaire 30. Notre droit moderne n'admet plus ces autorisations générales (art. 1538, al. 2). Voyez t. I, nos 975 et suiv.

****1450. Prohibition actuelle.** — D'après le Code civil, la femme séparée de biens ne peut, *dans aucun cas ni à la faveur d'aucune stipu-*

lation, aliéner ses immeubles sans l'autorisation spéciale du mari ou de justice. Voyez l'art. 1449, al. 3, pour la séparation judiciaire, et l'art. 1538, al. 1, pour la séparation conventionnelle.

2° Aliénation des meubles.

* **1451. Disposition de la loi.** — Le Code n'a parlé du mobilier qu'à propos de la femme séparée de biens judiciairement, mais sa disposition est évidement commune à la femme séparée de biens par contrat, malgré le silence des art. 1536 à 1539. On lit à ce sujet dans l'art. 1449 : la femme « peut disposer de son mobilier et l'aliéner ».

* **1452. Interprétation doctrinale.** — L'avis à peu près unanime des auteurs est que la loi a entendu accorder par là à la femme séparée, la pleine disposition de ses meubles corporels et incorporels, tout au moins lorsqu'il ne s'agit pas d'aliénations à titre gratuit. Pour ces dernières voyez ci-dessous, n° 1454.

La solution qui prévaut en doctrine a pour elle, d'une part, le sens apparent du texte qui accorde à la femme le droit de disposer de son mobilier sans condition ni restriction ; d'autre part, l'autorité de l'ancien droit : il n'est pas douteux qu'on permettait jadis à la femme séparée d'aliéner son mobilier, puisque sa liberté de contracter, primitivement entière, n'avait été restreinte que pour les immeubles (ci-dessus, n° 1440). De plus, cette solution serait beaucoup plus simple à appliquer que celle qui triomphe en jurisprudence. Il n'est pas impossible qu'elle finisse par y pénétrer un jour. Voyez Trib. de la Seine, 9 juill. 1872, D. 72. 3. 96.

** **1453. Jurisprudence.** — La jurisprudence interprète autrement l'art. 1449 : au lieu de rapprocher l'al. 2 de l'al. 3, de façon à établir une antithèse absolue entre le mobilier et les immeubles (liberté d'aliénation pour le premier, nécessité d'une autorisation pour les seconds), elle rapproche l'al. 2 de l'al. 1er, de façon à faire de la possibilité d'aliéner le mobilier une conséquence et une dépendance de l'administration confiée à la femme. Il en résulte que *la vente d'un meuble n'est valable qu'autant qu'elle est nécessitée par les besoins de l'administration,* et que la femme est, en principe, incapable d'aliéner sans autorisation ses valeurs mobilières (Nancy, 24 juin 1854, D. 55. 5. 407, S. 54. 2. 550 ; Paris, 12 mai 1859, S. 59. 2. 561, et la note indiquant les arrêts et les auteurs ; Aix, 29 avril 1890, S. 90. 2. 130, et la note ; Cass., 24 oct. 1906, D. 1907. 1. 14, et la note).

Le raisonnement se trouve développé dans des arrêts de la Cour de cassation déjà anciens, de 1830 et de 1831, qui sont cités plus loin (n° 1456).

Cette jurisprudence a l'inconvénient de faire dépendre la validité de l'aliénation d'une question de fait dont les tiers sont difficilement juges. Elle est cependant approuvée par quelques auteurs (Demolombe, t. IV, n° 155 ; Guil-

LOUARD, t. III, n° 1193) ; mais elle est presque détruite au point de vue pratique par la solution admise relativement à la conversion des titres nominatifs (ci-dessus, n° 1447).

3° Autres actes de disposition.

1454. Donations. — La femme séparée reste incapable de faire des donations, même mobilières (art. 217 et 905). Il en est ainsi même pour des sommes qui proviennent d'économies faites sur ses revenus, et capitalisées par elle (Paris, 28 juin 1851, D. 52. 2. 22, S. 51. 2. 337). Il lui est seulement permis de faire des cadeaux ou présents d'usage.

1455. Transaction. — La transaction suppose la capacité de disposer. La femme ne peut donc pas transiger, à moins qu'il ne s'agisse d'une question relative à ses actes d'administration.

C. — Obligations.

***1456. Analyse de la jurisprudence.** — En principe, la femme mariée est *incapable de s'obliger*. Il est vrai que l'art. 217 n'établit pas cette incapacité d'une manière expresse, mais on le complète à l'aide des art. 220 à 224. Y a-t-il exception pour la femme séparée de biens ? La loi est muette, mais la jurisprudence est arrivée à une solution très juste.

En permettant à la femme d'administrer librement sa fortune, la loi l'autorise implicitement à contracter *un grand nombre d'obligations, nécessaires pour cette administration*. Dans les premiers temps la cour de cassation était allée beaucoup plus loin : elle avait permis à la femme de s'obliger, *à un titre quelconque jusqu'à concurrence de son mobilier* (Cass., 18 mai 1819, S. 19. 1. 339). Il semble logique, au premier abord, puisque la femme peut disposer de son mobilier *directement* en l'aliénant (art. 1449, al. 2), qu'elle puisse en disposer *indirectement* en s'obligeant ; et cependant il n'en est rien. Cette espèce d'aliénation indirecte qui résulte d'engagements pris avec des créanciers est plus dangereuse que l'autre, parce que le débiteur ne se rend pas compte immédiatement de ce qu'il perd. Il importait donc de protéger la femme en décidant que le droit d'aliéner n'entraîne pas celui de s'obliger.

La Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence, et a restreint pour la femme, dans les limites de l'administration, le droit qu'elle lui reconnaît de s'obliger (Cass., 5 mai 1829, D. 29. 1. 237, S. 29. 1. 181 ; Cass., 7 déc. 1830, D. 31. 1. 13, S. ch. 9. 1. 600 ; Cass., 3 janv. 1831, DALLOZ, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n° 1971). Malheureusement dans cette jurisprudence on a confondu la capacité de s'obliger et la capacité de disposer, alors qu'il y avait lieu de leur appliquer des règles séparées. Voyez cependant Lyon, 18 juin 1847, D. 48. 1. 118, S. 48. 2. 98.

****1457. Effet des obligations valables.** — Lorsque la femme a contracté valablement, parce que son obligation est l'effet de son administration, elle se trouve *obligée sur tous ses biens*, comme un débiteur ordi-

naire, et non pas seulement sur son mobilier : son créancier a pour gage tout son patrimoine, *y compris les immeubles,* dont la femme ne peut cependant pas disposer. C'est l'effet de l'art. 2092. Autre chose est le fait de s'obliger, autre chose celui de disposer.

***1458. Exemple d'obligations annulables.** — La femme ne peut ni *cautionner un tiers,* ce qui est un acte plein d'imprudence, même de la part des majeurs maîtres de leurs droits (Poitiers, 8 févr. 1858, D. 58. 2. 72, S. 58. 2. 620) ; ni *compromettre,* parce que le compromis est impossible sur les causes qui sont sujettes à communication au ministère public, comme le sont celles qui intéressent des femmes mariées non autorisées (art. 83 et 1004 C. proc. civ.). Elle ne peut pas non plus *faire d'emprunts,* à moins que ce ne soit nécessité par les besoins de son administration (Paris, 27 nov. 1857, D. 57. 2. 209). Elle ne peut pas *jouer à la Bourse,* car ce n'est même pas aliéner un titre, c'est spéculer et s'engager (Cass., 30 déc. 1862, D. 63. 1. 40, S. 63. 1. 257).

D. — Placement des capitaux.

1459. État incertain de la question. — Le droit pour la femme de placer librement le fruit de ses *économies* ne peut être contesté. Il y a au contraire controverse pour les placements de capitaux. Beaucoup d'auteurs, s'appuyant sur le droit qu'ils reconnaissent à la femme de disposer de son mobilier, lui permettent de convertir en immeubles les capitaux liquides qu'elle possède (Demolombe, t. IV, n° 157 ; Aubry et Rau, t. V, § 516, note 59 ; Laurent, t. XXII, n° 297). Mais la Cour de cassation s'est prononcée contre leur opinion (Cass., 2 déc. 1885, D. 86. 1. 294, S. 86. 1. 97, avec une note de M. Labbé, contraire à l'arrêt). Son argument est que l'art. 217 interdit en termes généraux à la femme mariée d'*acquérir à titre gratuit et onéreux,* et que l'art. 1449 n'a pas levé cette prohibition. Comp. Lyon, 7 févr. 1883, D. 85. 2. 74.

La jurisprudence n'est cependant pas fixée, car on a vu en 1893 la Cour de Paris admettre qu'une femme séparée avait pu, sans autorisation, *placer ses capitaux en rentes viagères,* et que cet acte, fait dans des conditions satisfaisantes, pouvait répondre aux besoins d'une sage administration (Paris, 8 mars 1893, D. 93. 2. 256)[1]. Et pourtant le placement à rentes viagères est le plus dangereux de tous, puisqu'il se fait *à fonds perdus,* et bien des auteurs qui reconnaissent à la femme le droit de placer librement ses capitaux, lui refusent cependant le droit d'acheter des rentes viagères (Demolombe, t. IV, n° 158).

[1] La Cour suivait ici une solution qui était de vieille date chez elle (Paris, 17 mai 1834, D. 34. 2. 153).

Pour moi, j'estime que la jurisprudence, laissée libre en cette matière par l'absence de tout texte précis, ferait sagement de trancher cette question dans un sens favorable à la capacité de la femme.

E. — Actions en justice.

*1460. **Nécessité de l'autorisation.** — Les art. 1449 et 1536 n'ont pas modifié le principe écrit dans les art. 215 et 216 qui interdisent à la femme de plaider sans autorisation du mari ou de justice. Voyez t. I, n°s 936 et 942.

§ 4. — *Intervention du mari dans la gestion des biens de la femme.*

A. — Actes d'administration et de jouissance.

1461. Triple hypothèse à examiner. — En principe, sous le régime de séparation, c'est la femme elle-même qui doit administrer ses biens. Cependant il peut arriver que le mari se soit chargé de cette administration, et il y a lieu en ce cas de déterminer sa responsabilité. L'immixtion du mari dans les affaires de la femme peut se produire de trois façons différentes : 1° avec mandat de la femme ; 2° sans mandat, mais sans opposition de la part de la femme ; 3° malgré l'opposition de la femme.

Premier cas. — L'art. 1577 a prévu le cas où le mari a administré les biens de sa femme en vertu d'un mandat formel ; cette disposition est applicable à la séparation de biens, quoiqu'elle soit écrite à propos du régime dotal. Le mari est alors tenu comme tout mandataire, et comptable des revenus de sa femme, déduction faite de la part contributoire de celle-ci. En présence d'un mandat exprès, on devra s'y référer pour connaître les pouvoirs qui ont été attribués au mari.

Deuxième cas. — D'après les art. 1539 et 1578, quand la femme a laissé en fait la gestion de ses biens à son mari, elle ne peut lui réclamer que les fruits existants [1] ; elle est censée lui avoir abandonné les autres, au fur et à mesure de leur perception, pour l'entretien du ménage. Cette situation est assez fréquente : la femme qui s'était réservé par son contrat l'administration de ses biens finit par s'en fatiguer ; elle a d'autres soins et d'autres devoirs à remplir et elle est souvent très heureuse de voir son mari prendre en mains cette charge.

Troisième cas. — Si le mari avait joui des revenus de sa femme malgré l'opposition de celle-ci, il est comptable de tous les fruits qu'il a perçus, tant existants que consommés (art. 1579). — Il n'est pas nécessaire que l'opposition de la femme soit constatée par un acte extrajudiciaire signifié au mari ; une preuve écrite suffit (Cass., 13 nov. 1861, D. 62. 1. 367, S. 62. 1. 741).

B. — Actes d'aliénation.

1462. Responsabilité exceptionnelle du mari. — Sous le régime de séparation, comme le mari n'a aucun pouvoir propre sur les biens de sa femme, il ne peut être question d'aucune responsabilité pour les actes de disposition faits ou omis par celle-ci. Cependant *la vente d'un bien* donne parfois l'occasion au mari de se mêler des

[1] On ne considère pas comme existantes les sommes que le mari a pu économiser sur les revenus de la femme pour les placer à son profit (Cass., 17 janv. 1860, D. 60. 1. 66 ; Cass., 18 juin 1908, D. 1908. 1. 325, P. et S. 1910. 1. 369, et la note de M. Charmont).

affaires de sa femme, et il peut être rendu *responsable du défaut de remploi*. Pour déterminer la nature et les conditions de cette responsabilité, il faut distinguer deux hypothèses, prévues toutes deux dans l'art. 1450.

1° Vente avec autorisation de justice. — Étranger à la vente, qui s'est faite sans lui et même peut-être malgré lui, le mari ne peut être rendu responsable si la femme n'a pas utilisé les fonds, sauf dans les *trois cas exceptionnels* suivants :

a) Le mari est intervenu dans l'acte, pour concourir à la vente faite par sa femme ;

b) Il a touché les deniers provenant de la vente : c'était sa femme seule qui avait le droit de les recevoir, le mari qui les a pris sans titre en est comptable et responsable ;

c) En fait, le prix a tourné au profit du mari ; par exemple il a servi à payer ses créanciers.

2° Vente avec autorisation du mari. — Si l'immeuble a été vendu du consentement du mari, celui-ci est responsable du défaut d'emploi du prix, à la condition toutefois que l'acte ait été *passé en sa présence*. Cette seconde condition est nécessaire puisque le texte les énonce toutes deux d'une manière cumulative : « si la vente a été faite en sa présence et de son consentement. » Par conséquent le mari ne serait pas garant envers sa femme, si la vente avait eu lieu sans sa participation, après avoir été autorisée par lui (Cass., 8 juill. 1891, D. 93. 1. 388, S. 92. 1. 490). En ce sens Laurent, t. XXII, n° 328. — La plupart des auteurs se prononçaient en sens contraire (Aubry et Rau, t. V, § 516, note 72 et les renvois). — Comp. Cass., 31 janv. 1913, P. et S. 1913. 1. 249 et la note de M. Le Courtois.

APPENDICE

DES SÉPARATIONS DE FAIT

1462 *bis*. Effets sur la condition de la femme commune. — On a vu (t. I, n° 1302) que les séparations d'habitation, se produisant sans jugement ni séparation de corps régulière, se rencontrent fréquemment dans la pratique. Elles ont lieu de deux façons différentes, soit en vertu d'un accord intervenu entre les deux époux, soit par la volonté d'un seul qui refuse de recevoir l'autre ou de cohabiter avec lui. Ces séparations de fait soulèvent des difficultés assez nombreuses, parce qu'elles constituent une situation irrégulière et contradictoire : la communauté continue entre les époux avec toutes ses conséquences légales, et cependant il faut bien tenir compte d'une modification grave apportée à son fonctionnement et de la nécessité d'assurer la subsistance de la femme et des enfants qu'elle a pu conserver avec elle.

Ces difficultés supposent d'ailleurs, en fait, que le mari ne satisfait pas à son obligation alimentaire envers sa femme et ne lui fournit pas une pension suffisante pour vivre.

Question de principe. — Il s'agit de savoir quel est l'effet des actes faits par la femme agissant seule : est-elle personnellement obligée ? le mari est-il tenu des obligations qu'elle a contractées ? Pour résoudre ces deux questions il faut choisir entre trois idées : 1° la femme agit comme mandataire du mari ; 2° elle est autorisée tacitement par lui ; 3° elle exerce un pouvoir propre.

Le *mandat tacite* ne se comprend qu'autant que le ménage vit uni (t. I, n° 958). Quand les époux sont séparés, son objet — l'entretien du *ménage* — a disparu, et il est difficile d'admettre que le mari, qui souvent se désintéresse de sa femme, puisse être son *mandant* en vue d'actes qui ne le concernent pas, par exemple, quand la femme veut engager ses services pour gagner sa vie. Entre deux époux qui vivent séparés l'idée de mandat ne repose plus sur rien.

Il est possible que, sous l'influence de la loi du 13 juillet 1907 sur les biens réservés, on en arrive un jour à reconnaître à l'épouse séparée de fait un pouvoir propre pour

assurer sa subsistance et celle de ses enfants. Mais ce serait une extension considérable, qui semble exiger une intervention législative.

La seule explication possible est celle d'une *autorisation tacite*. Le Code ne l'interdit nullement. Les formes spéciales de l'art. 217 semblent ne devoir s'appliquer qu'aux actes réguliers, faits dans la forme écrite ; et l'art. 223 dit expressément qu'une autorisation générale est valable pour les actes d'administration. Cette autorisation peut-elle être tacite, par exemple dans les cas de séparation de fait ? Le texte ne le précise pas, mais il ne s'y oppose pas non plus. On peut raisonner par analogie avec ce qui se passe pour les femmes qui entreprennent le commerce, au vu et su de leur mari, et pour lesquelles on se contente d'un consentement tacite. Comp. note D. 92. 1. 5.

Jurisprudence. — La jurisprudence, assez abondante, est confuse et contradictoire, faute d'un principe directeur certain. Elle paraît se baser de préférence sur l'idée de *mandat*, qu'elle applique après la séparation de fait comme avant (Cass., 13 févr. 1844, S. 44. 1. 662 ; Paris, 5 janv. 1904, D. 1905. 2. 249) ; mais elle emploie indifféremment et en même temps les deux mots de *mandat* et d'*autorisation*, comme s'ils étaient synonymes (Dijon, 13 nov. 1895, D. 96. 2. 133). D'autre part, son idée de mandat la conduit à admettre que la femme perd le pouvoir qu'elle tient du mari quand c'est elle qui quitte volontairement le domicile conjugal : elle cesse alors d'obliger le mari (Besançon, 25 juill. 1866, D. 66. 2. 491, S. 67. 2. 48 ; Paris, 5 avril 1875, S. 75. 2. 299 ; Bordeaux, 22 mai 1878, S. 78. 2. 303 ; Paris, 7 mars 1890, D. 91. 2. 257).

Quant aux actes permis à la femme séparée de fait, il faut y comprendre nécessairement les *actes ménagers*, ou d'administration courante ; mais la jurisprudence lui permet en outre de *louer un appartement* (Paris, 23 févr. 1849, D. 49. 2. 135, S. 49. 2. 145 ; Paris, 9 juin 1857, S. 57. 2. 755) ; de *louer ses biens propres* (Dijon, 13 nov. 1895, précité) ; d'*engager ses services* (Cass., 6 août 1878, D. 79. 1. 100), et même de faire des *opérations de bourse* (Paris, 5 janv. 1904, D. 1905. 2. 249).

A défaut d'autorisation et de mandat, la jurisprudence utilise quelquefois l'action *de in rem verso* pour donner action aux tiers contre la femme, par exemple, pour des *fournitures de mobilier* et des *prêts d'argent* (Paris, 26 mars 1890, D. 91. 2. 257).

En tout cas, la liberté de la femme et sa responsabilité sur ses biens réservés restent entières (Cass., 1er févr. 1909, D. 1909. 1. 85).

Bibliographie. — H. Loubers, *Revue générale de droit*, t. XXXIV, 1910, p. 5. — Notes de Jurisprudence : De Loynes, D. 91. 2. 257 ; Binet, D. 1905. 2. 249 ; Hémard, S. 1907. 1. 145. — Thèses : Choquet, Lille, 1907 ; Girod, Nancy, 1908 ; J. Lefebvre, Paris, 1912. — Voyez aussi les ouvrages de MM. Basset et Binet, cités t. I. n° 925.

LE RÉGIME DOTAL

** **1463. Définition.** — Ce régime est *une séparation de biens*, accompagnée ordinairement d'une constitution de dot, et entraînant, sauf convention contraire, l'inaliénabilité des biens dotaux.

La constitution d'une dot n'est pas nécessaire ; elle peut faire défaut (voy. Fuzier-Herman, dans *Revue pratique*, 1874, t. XXXVIII, p. 530-535). Par suite, si le régime dotal est ainsi appelé, ce n'est pas parce qu'il implique plus qu'un autre l'existence de la dot ; c'est une vieille dénomination qui tient à ce que toute son originalité réside dans les règles exceptionnelles auxquelles les biens dotaux se trouvent alors soumis (Comp. Berlier, dans Locré, t. VI, p. 396).

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS HISTORIQUES ET CRITIQUES

§ 1. — *Histoire du régime dotal.*

1464. Bibliographie. — Roussilhe, *Traité de la dot*, 1785, 2 vol. in-12, nouv. édit. par Sacaze, Paris, 1856. — Tessier, *Traité de la dot*, 1836, 2 vol. in-8. — Ch. Ginouilhac, *Histoire du régime dotal... en France*, 1842. — Bellot des Minières, *Régime dotal et communauté d'acquêts*, 1843, 4 vol. in-8. — Benech, *De l'emploi et du remploi de la dot sous le régime dotal*, 2e édit., 1847. — Bressolles, *Des régimes matrimoniaux actuellement pratiqués dans le pays toulousain.* — Jouitou, *Étude sur le système du régime dotal*, 2 vol., 1882-1888. — Et. Bartin, *Études sur le régime dotal*, dans les *Travaux et mémoires de la Faculté de Lille*, 1891, t. II, n° 7. — P. Regnault, *Étude critique de la jurisprudence relative à la représentation de la dot par des paraphernaux*, thèse, Paris, 1894. — Dépinay, *Le régime dotal, Étude historique, critique et pratique* (*Droit français, étranger et international*) suivi de formules, Paris, 1902, in-8. — Griveau, *Le régime dotal en France, ses avantages et ses inconvénients ; étude théorique et pratique.* Paris, 1902, in-8. — J. Collin, *Étude sur la jurisprudence dotale en France au* xixe *siècle*, thèse, Paris, 1904. — Robert Deshayes, *De la responsabilité des tiers en matière de remplois dotaux*, thèse, Paris, 1905. — Eyquem, *Le régime dotal, son histoire, son évolution, ses transformations au* xixe *siècle, sous l'influence de la jurisprudence et du notariat*, Paris, 1905, in-8. Couronné par l'Académie des sciences morales et politiques.

***1465. Opposition du Midi et du Nord de la France.** — Aucune partie du droit ne montre mieux que le régime matrimonial l'opposition qui existait jadis entre le Nord et le Midi de la France, entre les pays de coutume et les pays de droit écrit. C'est là surtout que s'accuse la différence de race et de culture. On a vu que dans le Nord on pratiquait des régimes variés, ayant tous subi l'influence germanique.

Dans le Midi, un seul régime était en vigueur, le régime dotal, c'est-à-dire *une séparation de biens absolue, accompagnée habituellement d'une constitution de dot* ; ce régime est caractérisé *par l'inaliénabilité des biens dotaux.*

A. — Règles d'origine romaine.

1466. Extension de l'inaliénabilité dotale. — Établie sous Auguste, l'inaliénabilité de la dot avait fait des progrès considérables au VIe siècle, pendant le règne de Justinien. Ce prince chercha à assurer la conservation des dots d'une manière beaucoup plus complète et plus sévère que ne l'avait fait Auguste. D'une part, il supprima la faculté qu'avait la femme de consentir à l'aliénation faite par son mari pour la rendre valable : au lieu d'une simple défense d'aliéner adressée au mari, on eut ainsi une véritable inaliénabilité du bien dotal qui ne pouvait plus être cédé à un tiers, même par le consentement des deux époux ; d'autre part, il étendit à tout l'empire le système de la loi Julia, qui jusqu'à lui ne s'appliquait qu'à l'Italie[1].

1467. Augment de dot. — L'augment de dot n'était que la *donatio propter nuptias* de l'époque romaine[2], transformée par la jurisprudence des Parlements du Midi. On l'appelait « augment de dot » parce que la femme en réclamait le montant quand elle survivait, c'est-à-dire à un moment où elle avait droit à la restitution de la dot : les héritiers du mari lui devaient donc, *outre sa dot*, les objets compris dans la donation ; de là le nom d'augment. A l'inverse, le mari survivant avait le droit de retenir une partie de la dot, à titre de *contre-augment*. — Ces gains de survie réciproques ont disparu sous le Code civil. L'*augment légal* n'existe plus ; « la loi, disait Berlier, permet les libéralités ; elle ne les fait pas » (Fenet, t. VIII, p. 686). Quant à l'*augment conventionnel*, il peut encore être stipulé, mais il se trouve soumis aux règles ordinaires des donations entre époux.

L'augment et le contre-augment n'étaient en principe que des *gains de survie en usufruit* et la plupart des règles qui leur étaient applicables venaient du droit de Justinien et se trouvent déjà dans les « Exceptiones Petri », qui sont du XIe siècle. Cependant il existait une différence considérable, qui a souvent fait douter de l'origine romaine de l'augment : tandis qu'en droit romain la donation devait être égale à la dot, l'augment français lui était toujours inférieur ou supérieur et jamais égal. Il était du double de la

[1] Il faut se rappeler qu'à l'époque de Justinien la Gaule n'appartenait plus à l'Empire : les réformes faites par ce principe byzantin ne pénétrèrent pas dans notre pays où le droit romain continua à être représenté par les écrits de Paul et de quelques jurisconsultes, conservés dans la *loi des Wisigoths*, et par la *lex Theodosiana* (Code de Théodose), antérieure de plus d'un siècle à la législation de Justinien. Ce n'est donc pas à cette époque que l'inaliénabilité dotale s'est développée en Gaule ; le mouvement s'est fait du XIe au XIIIe siècle, lors de la renaissance des études juridiques, par voie d'imitation et sous l'autorité purement doctrinale des textes.

[2] Cette donation était primitivement une libéralité que le mari faisait à sa femme. Elle avait fini par devenir obligatoire, et même d'après certains textes, elle devait être égale à la dot (nov. 97, chap. 1, 2). La donation propter nuptias appartenait à la femme survivante, et pour lui en assurer la restitution, on donnait à la femme une hypothèque légale. De plus les immeubles compris dans la donation étaient inaliénables comme les biens dotaux (nov. 61).

dot, d'après la coutume de Bordeaux (chap. IV, art. 42), mais seulement pour le premier mariage ; il était de moitié de la dot à Toulouse et dans la région lyonnaise ; du tiers pour les veuves à Bordeaux et dans quelques coutumes locales de l'Auvergne, etc. Sur ces difficultés, voyez GINOUILHAC, *Histoire du régime dotal*, p. 149 et suiv. Voyez aussi LAURIÈRE et RAGUEAU, *Glossaire*, v° Augment ; BRETONNIER, *Quest. alphab.*, v° Augment ; ROUSSILHE, n°s 581 et 582. Ces différences s'expliquent par une observation historique : la donation *propter nuptias* n'a jamais été pratiquée en Gaule telle que l'avaient faite Justinien, Léon et Anthemius. On en était resté au droit du ve siècle, à l'époque où l'on s'était trouvé séparé de l'empire et où cette donation conservait encore son caractère primitif.

L'augment de dot n'était pas en usage dans tous les pays de droit écrit ; mais, à son défaut, la femme avait d'autres gains de survie, tels que les *bagues et joyaux* (BRETONNIER, *Quest. alphab.*, v° Bagues et joyaux).

B. — Modifications introduites par les Parlements.

1468. Parlement de Bordeaux. — Diverses singularités très remarquables distinguaient ce ressort entre tous les autres.

1° INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE. — Cette inaliénabilité, admise de nos jours par la jurisprudence, a ses premières racines dans notre ancien droit. Un arrêt de Bordeaux, du 2 août 1813, affirme qu'il était de jurisprudence certaine dans ce ressort que la dot, même mobilière, était inaliénable pendant le mariage (S. 15. 2. 106, S. chr. 4. 2. 349). En effet, nous avons conservé des *attestations* (espèces d'*actes de notoriété*) des avocats au Parlement de Bordeaux, qui constatent cet usage dès 1672, 1696 et 1713 (SALVIAT, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, Dot, n°s 7 et 9). Toutefois, cela semble n'avoir été qu'un usage local, et dans les ressorts de Toulouse, d'Aix et de Grenoble, le mari avait au contraire la libre disposition des meubles dotaux (voyez pour Toulouse, CATELLAN, *Arrests remarquables*, t. II, p. 123 ; VEDEL, *Observations*, IV, 47 ; et pour Grenoble, CHORIER, *Jurisprudence de Gui Pape*, p. 206).

2° ADJONCTION D'UNE SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS. — Le régime dotal a l'inconvénient de séparer complètement les intérêts de la femme de ceux du mari. On y remédiait en créant une sorte de caisse commune où les époux faisaient entrer le produit de leurs économies. Cet usage, qui a également pris naissance dans le ressort de Bordeaux, a reçu de nos jours un grand développement (voyez ci-dessous, n°s 1681 et suiv.).

3° ADMINISTRATION DES PARAPHERNAUX. — Dans la coutume de Bordeaux cette administration est confiée au mari (art. 42). Voyez TESSIER, *Société d'acquêts*, p. 7 et 8.

1469. Parlement de Toulouse. — Le droit antérieur à Justinien se conserva très longtemps dans ce ressort. La coutume de Toulouse (art. 109) permet encore au mari d'aliéner avec le consentement de sa femme (édit. Tardif, p. 48). Toutefois, au XVIIe siècle, les arrêts s'écartent de cette disposition (CATELLAN, *Arrests remarquables*, IV, 49, édit. de 1723, t. II, p. 133).

1470. Parlement de Paris. — Dans le ressort du Parlement de Paris se trouvaient englobés quatre petits territoires qui faisaient partie des pays de droit écrit : le *Forez*, le *Lyonnais*, le *Beaujolais* et le *Mâconnais*. Subissant directement l'influence coutumière, cette région se distinguait de toutes les autres par *deux particularités*.

1° SUPPRESSION DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE. — Un édit d'avril 1664 avait abrogé la loi Julia dans ces quatre provinces. Par suite les femmes mariées pouvaient être poursuivies par leurs créanciers sur leurs biens dotaux aussi bien que sur leurs paraphernaux. Bretonnier prétend que cet édit fut rendu à la demande d'un receveur général de Lyon, le sieur Perachon de Saint-Maurice, qui voulait avoir pour garantie la fortune des femmes de ses sous-traitants (*Questions*, v° Dot, 5e édit., p. 117).

2° INTRODUCTION DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME. — Dans les pays où l'on suivait le droit romain, on ne connaissait pas la puissance maritale : la femme mariée, pourvu

qu'elle fût majeure, restait maîtresse d'elle-même et libre d'administrer les biens dont elle gardait la propriété ; elle était donc *capable d'agir sans autorisation*. Par dérogation à ces principes, le Parlement de Paris exigeait l'autorisation du mari ou de justice pour habiliter la femme à contracter. Il se faisait donc dans cette petite région une assimilation progressive : on y supprimait les règles romaines et on lui étendait les règles coutumières.

§ 2. — *Appréciation critique du régime dotal.*

***1471. Ses avantages.** — Le régime dotal a principalement pour but de protéger la femme contre les dangers venant du gaspillage ou de l'insolvabilité du mari. Il représente le système le plus perfectionné des précautions que des parents prévoyants peuvent prendre contre leur gendre. C'est le régime favori des civilisations avancées ; il gagne du terrain dans les classes aisées, où le spectacle des spéculations hasardeuses a rendu circonspects les pères de famille ; l'expérience a prouvé que toutes les fois que la femme n'est pas rendue par son contrat incapable de s'obliger, elle se trouve ruinée quand le mari l'est lui-même. Voyez la préface du traité de Roussilhe.

***1472. Ses adversaires.** — Cependant tous les avantages se paient et le régime dotal a divers inconvénients qui ont soulevé contre lui depuis le Code civil de nombreuses critiques (Labbé, *Revue Critique*, 1887, p. 442 [1] ; Homberg, *Abus du régime dotal*, Rouen et Paris, 1849 [2] ; Marcel, *Du régime dotal et de la nécessité d'une réforme...*, Paris, 1842). Marcadé surtout s'est montré violent : « C'est Justinien, si justement paré du surnom d' « Uxorius », qui est le grand coupable : il faut que la dot soit sauve à tout prix, au prix de l'honneur de la famille, au prix de la sécurité des tiers, du crédit et des transactions, de la moralité publique, au prix de tout : la raison d'État l'exige » (Marcadé, t. VI, 7e édit., p. 15-16. Comp. *ibid.* sous l'art. 1554). Voyez aussi une préface, jadis célèbre, mise par M. Troplong en tête de son commentaire sur le contrat de mariage, 1851, p. cli et suiv.

Mais on va voir que presque tous les griefs qu'on lui a adressés peuvent être fortement atténués par des combinaisons de clauses mieux comprises dans le contrat, ou se trouvent supprimés par des réformes déjà faites. Comparer la préface mise par M. Sacaze en tête de son édition du traité de Roussilhe, 1856.

1473. Absence de communauté d'intérêts. — Le régime dotal qui a pour base la séparation de biens n'associe pas la femme aux chances bonnes et mauvaises de son mari. Cet inconvénient est surtout sensible dans la classe moyenne, chez les marchands et commerçants en détail, où la femme aide son mari dans son commerce, comme le ferait un associé, car la femme a souvent une aptitude spéciale pour le commerce et il est souverainement injuste de la voir évincer par les héritiers du mari d'un établissement qu'elle a contribué à fonder et qui n'a peut-être prospéré que grâce à elle. — Sur ce point le régime dotal est susceptible d'être directement amélioré par une clause très simple : il suffit de lui adjoindre une société d'acquêts, et c'est une clause qui devient de plus en plus fréquente. A son défaut, quand le mari meurt, la femme risque de se voir subitement plongée dans le dénûment.

1474. Fraudes contre les tiers. — Là était le vice capital du régime : acquéreurs et créanciers avaient également à craindre des fraudes et des surprises. En cachant sa qualité de femme dotale et en se présentant comme mariée sans contrat, la femme pouvait tromper le plus aisément du monde et de la manière la plus complète les tiers qui traitaient avec elle : au moment voulu, elle leur opposait son contrat de mariage, et aliénations,

[1] « Le régime dotal a, dans ces derniers temps surtout, abouti à des conséquences funestes et iniques ; il serait bon législativement de le restreindre. »

[2] « Depuis seize ans que je suis mêlé aux affaires judiciaires de la Normandie, j'ai appris à connaître le régime dotal. Je l'ai vu servir d'instrument à tant de fraudes et devenir la source de si amères déceptions que j'ai cru faire acte de bon citoyen en lui déclarant la guerre. » L'auteur était premier avocat général à Rouen.

hypothèques, obligations, tout s'écroulait. On a vu comment la loi du 10 juillet 1850, en organisant la publicité des contrats de mariage sous une forme commode et sûre, a coupé court à ces fraudes : les tiers sont prévenus de l'existence de la dotalité et ne peuvent plus être trompés que par leur négligence (ci-dessus, nos 810 à 812).

* **1475. Entraves pour les époux.** — Bien protégée par l'inaliénabilité de ses biens, la femme est en même temps prisonnière de son contrat de mariage : qu'une aliénation devienne nécessaire pour changer de résidence ou pour toute autre cause sérieuse, elle sera impossible, à moins qu'on se trouve dans l'un des rares cas prévus par la loi, où le bien dotal peut être aliéné avec l'autorisation de justice. Et ce n'est pas seulement la femme qui se voit paralysée dans ses projets : le mari lui aussi, grâce à l'hypothèque légale qui grève ses biens, est immobilisé par contre-coup et sans que le législateur l'ait voulu ; et cette hypothèque est indélébile : la femme ne peut pas y renoncer pour en débarrasser son mari.

Cet inconvénient est grave et il existe encore en France dans toute son étendue. La loi n'a pas donné assez de pouvoirs aux juges et a trop limité les cas dans lesquels l'autorisation d'aliéner peut être donnée. Il y aurait grand avantage à adopter le système italien, d'après lequel le juge peut *toujours* autoriser l'aliénation avec remploi, pour utilité évidente ; plus d'énumération limitative comme chez nous (C. civ. italien, art. 1405). M. Gide recommandait déjà cette réforme (*Condition de la femme*, 2e édit., p. 494).

En attendant qu'elle se fasse, il dépend des parties, et surtout des notaires qui les conseillent, d'assouplir le régime par une simple clause de leur contrat. Ils peuvent stipuler que la dot sera *aliénable sous condition de remploi.* C'est ce que permet le Code italien (art. 1404) ; pareille clause est certainement possible chez nous et sa généralisation dans la pratique, où elle commence à être volontiers employée, nous dispenserait peut-être d'une réforme.

C'est le procédé le plus pratique. D'autres cependant sont aussi en usage. On voit des époux convenir que les immeubles provenant de la succession des père et mère de la future seront seuls dotaux, et alors les parents, en changeant la composition de leur fortune pour acheter des valeurs mobilières, peuvent affranchir leurs enfants des entraves du régime dotal. D'autres fois on réserve tout simplement aux parents la faculté de déclarer par testament que leur succession sera paraphernale. Comp. *Revue critique*, 1886, p. 307.

* **1476. Insuffisance de production.** — Avec tout son cortège de prohibitions, le régime dotal n'assure pas à la femme la protection absolue qu'elle espère y trouver. Tout d'abord, si sa dot est mobilière, ce qui est vraisemblablement un cas très fréquent, elle peut être aliénée par le mari et saisie par les créanciers de celui-ci, tant que la séparation n'est pas prononcée (ci-dessous, nos 1579 et 1615). Beaucoup de contrats de mariage y remédient en enlevant au mari la faculté d'aliéner les valeurs mobilières comprises dans la dot, pour lui permettre seulement de les vendre à charge de remploi.

Lorsque la dot est immobilière, la faculté d'aliéner avec condition de remploi, soit en vertu de la loi, soit en vertu du contrat de mariage, permet encore aux époux d'anéantir ou d'amoindrir les dots les plus solides : on achète en remploi un bien de valeur moindre, en déclarant dans l'acte un prix plus fort que son prix vrai ; on a l'air d'avoir employé tout le prix provenant de la vente et on garde la différence sous forme d'argent liquide et disponible. D'autres moyens de fraude s'offrent encore aux époux et il ne manque pas d'hommes d'affaires experts en ces questions pour les renseigner.

1477. La séparation de biens dans le Midi. — Un phénomène remarquable est la disproportion du chiffre des séparations de biens entre le Midi et le Nord de la France. D'après une statistique publiée en 1857 dans la *Revue critique*, les tribunaux prononçaient en moyenne 3 200 séparations pour les départements où se pratique le régime dotal et 1516 seulement pour les départements de communauté. C'est *plus du double*, et cela fait *plus du triple*, si on tient compte du chiffre de la population, bien plus dense dans le Nord que dans le Midi. Ce rapport est constant et se reproduit tous les ans avec une régularité remarquable. Et il faut de plus tenir compte de ce fait que la région du Nord comprend Paris, où éclatent des faillites en très grand nombre.

Cette différence ne peut s'expliquer que par l'état d'esprit des populations du Midi, pénétrées de l'idée de sauver la dot, toujours et quand même : au moindre péril, la femme demande la séparation et les tribunaux s'empressent de la lui accorder.

1478. Déclin du régime dotal. — Le recul progressif du régime dotal en France a déjà été signalé d'après des documents publiés en 1899 et en 1900 (ci-dessus, n° 772).

A l'étranger, il se maintient mieux. Le Code civil italien en fait le régime légal. En Roumanie, il est encore le régime usuel, et il était jadis le seul (art. 1233-1282 C. civ. roumain). Toutefois le Code roumain suit de très près le régime dotal français. Ainsi la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage (art. 1236 *ibid.*).

1478 *bis*. Atteinte portée au régime dotal par la création des biens réservés. — Lorsque la femme gagne de l'argent par son travail, la loi du 13 juillet 1907 s'applique, sous ce régime comme sous tous les autres ; et même c'est le régime dotal qui a été le plus profondément modifié par cette importante réforme, parce que c'est lui qui était le plus éloigné du régime d'indépendance que la loi de 1907 a institué. On peut dire que l'existence des biens réservés sous le régime dotal constitue une anomalie bien plus grande que sous le régime de la communauté : il y a une sorte de contradiction entre la liberté absolue que le travail personnel apporte à la femme et la protection à outrance qu'elle a cherchée dans la sujétion étroite de la dotalité.

Répétons ici ce qui a déjà été dit plusieurs fois : c'est que toutes les règles, même les plus essentielles, de tous les régimes fléchissent devant la réforme de 1907 et qu'une femme dotale possède sur ses biens réservés la même liberté d'allures et les mêmes facultés que toutes les autres. Voyez ci-dessus, n° 1045 (L. 13 juillet 1907, art. 1er et art. 5, al. 4).

CHAPITRE II

DE LA SOUMISSION AU RÉGIME DOTAL

****1479. Nécessité d'une stipulation expresse.** — Avant le Code civil aucune difficulté ne pouvait se présenter : le système de l'inaliénabilité dotale n'était pas permis dans les pays coutumiers ; et dans les régions où il se pratiquait, il était le seul régime possible pour les biens dotaux. Il en résultait qu'aucune confusion n'était possible : en pays de régime dotal, les biens formant la dot devenaient de plein droit inaliénables et insaisissables.

Mais avec le Code civil, qui donne le choix aux particuliers entre tous les régimes sur toute l'étendue du territoire, on ne saurait pas sous quel régime les époux ont entendu se placer, s'ils ne le disaient pas expressément.

De plus, le régime dotal n'a été admis que par faveur pour d'anciennes habitudes et comme une dérogation au droit commun, désormais représenté par le régime de communauté. Il porte atteinte à des principes que nos lois modernes considèrent comme fondamentaux, sur la liberté naturelle de la propriété, et le législateur en redoutait les conséquences, surtout à une époque où aucune publicité n'en avertissait les tiers.

Pour toutes ces raisons, l'art. 1392 exige *une déclaration expresse* dans le contrat; il ne suffirait pas que la femme se constituât, ou qu'il lui fût constitué par des tiers des biens en dot, pour soumettre ces biens au régime dotal.

Il ne suffit pas non plus d'exclure la communauté ou d'adopter la séparation de biens (art. 1392, al. 2). Il faut que le contrat de mariage ne laisse aucun doute aux tiers qui le consulteront sur la volonté des époux de rendre inaliénables les biens de la femme.

La clause qui autorise la femme à reprendre ses apports francs et quittes de toute dette quand bien même elle s'y trouverait personnellement obligée, s'interprète comme une simple application de l'art. 1494 (ci-dessus, nos 1389-1390), et ne frappe pas les immeubles de la femme de l'inaliénabilité dotale à l'égard des tiers (Bordeaux, 19 févr. 1857, D. 58. 2. 68, S. 57. 2. 673; Riom, 31 mai 1858, S. 58. 2. 579).

1480. Applications. — Toutefois, il ne faut pas s'exagérer la rigueur de la loi. Elle n'exige pas de formule sacramentelle, de termes consacrés. Ainsi il n'est pas nécessaire de dire expressément que le régime des époux sera le régime dotal : s'il a été convenu par exemple que les biens de la femme seront *inaliénables* et que le mari en aura la jouissance, cela suffira (Bordeaux, 8 janv. 1851, D. 51. 2. 50, S. 52. 2. 401).

Il n'est sans doute pas difficile, quand on veut le régime dotal, de le dire dans le contrat de mariage; mais le notariat est traditionnel par sa nature et il a conservé pendant longtemps d'anciennes clauses qui étaient considérées sous l'ancien régime comme suffisantes pour établir la dotalité et qui ne le sont plus aujourd'hui. Ainsi dans l'ancien Parlement de Grenoble, on reconnaissait cet effet à la clause suivante : « La femme donne mandat au mari d'administrer ses biens comme son *procureur général et irrévocable.* » Cela donnait aux biens de la femme le caractère dotal et leur inaliénabilité s'ensuivait de plein droit. La Cour de Grenoble a dû rendre plusieurs arrêts pour faire abandonner en pratique cette clause qui n'équivaut pas à une franche adoption du régime dotal, puisque sous les régimes de communauté et sans communauté le mari possède également cette qualité d'administrateur (Grenoble, 11 janv. 1840, S. 44. 2. 328; 8 déc. 1845, D. 49. 5. 125, S. 46. 2. 463; 27 déc. 1860, D. 61. 2. 171. — Comp. Cass., 10 mars 1858, D. 58. 1. 347, S. 58. 1. 449).

De même, il y avait autrefois une indication suffisante de la volonté des époux, quand la femme imposait à son mari l'obligation de *faire emploi ou remploi des sommes liquides*, apportées par elle ou provenant de l'aliénation de ses biens. Pendant un demi-siècle les Cours du Midi, dominées par la tradition, ont jugé que cette clause valait soumission au régime dotal, et il a fallu plusieurs arrêts de la Cour de cassation, entre autres l'arrêt des Chambres réunies du 8 juin 1858 (D. 58. 1. 233, S. 58. 1. 417) pour mettre fin à cette jurisprudence. Toutefois si la clause d'emploi était rédigée de telle sorte qu'il en résultât clairement pour les tiers l'obligation de surveiller le remploi et pour les époux la faculté de demander, à son défaut, un nouveau paiement, il semble que le caractère de dotalité serait suffisamment établi (Paris, 8 janv. 1890, D. 90. 2. 74, S. sous Cass., 95. 1. 393; Cass., 21 févr. 1894, D. 94. 1. 294, S. 95. 1. 393).

1481. Incertitude de la jurisprudence. — Malgré un assez grand nombre de décisions très nettes et très solides, il règne toujours un peu de contradiction dans les arrêts. Ainsi il a été jugé, d'une part, que la clause aux termes de laquelle « tous les biens de la future épouse, autres que ceux de la communauté d'acquêts, *lui seront dotaux* », vaut adoption du régime dotal (Cass., 21 janv. 1856, D. 56. 1. 354, S. 56. 1. 329). D'autre part plusieurs arrêts ont rejeté comme insuffisantes des expressions tout à fait analogues, telles que celle-ci : « le futur époux prend la future épouse avec tous ses biens et droits *comme dotaux* » (Bordeaux, 1er févr. 1865, D. 65. 2. 200. Comp. Nîmes, 22 juill. 1851, D. 52. 2. 182, S. 51. 2. 630).

1482. Soumission partielle au régime dotal. — Il est depuis longtemps reconnu que l'adoption du régime dotal peut n'être que partielle, et qu'en se soumettant au régime de la communauté, les époux peuvent convenir que les biens de la femme, ou même seulement une partie de ses biens mobiliers ou immobiliers, seront inaliénables (Cass., 15 mars 1853, D. 53. 1. 81, S. 53. 1. 465 ; Cass., 7 févr. 1855, D. 55. 1. 114, S. 55. 1. 580). C'est l'effet de la liberté accordée par le Code qui entraîne ce mélange des régimes. Voyez ci-dessus, n° 803.

Seulement cette stipulation d'inaliénabilité doit être conçue en termes suffisamment clairs pour que les tiers ne puissent pas s'y tromper. On lui applique par analogie l'art. 1392.

1483. Extension géographique du régime dotal. — Sur la pénétration du régime dotal, avec inaliénabilité des biens de la femme, dans les pays de communauté, voyez ci-dessus, n° 772 *in fine*.

CHAPITRE III

DES BIENS DOTAUX

§ 1. — *Détermination des biens dotaux.*

****1484. Énumération.** — En principe, les biens de la femme mariée sous le régime dotal sont paraphernaux : *la dotalité est l'exception*. Il n'y a de dotaux que les biens compris dans les trois catégories suivantes :

1° Ceux que la femme *se constitue expressément en dot* ;

2° Ceux qui lui sont *donnés par contrat de mariage* ;

3° Ceux qui sont *subrogés à des biens dotaux* au cours du mariage.

En cas de doute, la fortune de la femme doit donc être considérée comme paraphernale, et les conséquences spéciales de la dotalité ne lui sont pas applicables (Cass., 27 févr. 1856, D. 56. 1. 99 ; Cass., 7 févr. 1881, D. 81. 1. 309, S. 82. 1. 22).

A. — Biens faisant l'objet d'une constitution de dot expresse.

***1485. Forme de la constitution de dot.** — C'est la femme elle-même qui fait cette constitution de dot, en désignant les biens qui y seront compris. Ordinairement on emploie les expressions « se constituer » ou « se constituer en dot », mais ces termes n'ont rien de sacramentel. Ainsi, il y a constitution de dot lorsque la femme, après avoir adopté le régime dotal, déclare *apporter à son mari* tel ou tel bien.

****1486. Étendue de la constitution de dot.** — La femme peut se constituer en dot tous ses biens présents et à venir (*constitution dotale universelle*)[1], ou bien seulement une de ces deux catégories, ou une quotité des uns et des autres, ou seulement un immeuble déterminé, ou un groupe de valeurs mobilières. Voyez l'art. 1542, al. 1.

Même avec une constitution de dot universelle, le caractère dotal peut être refusé à certains biens de la femme (Caen, 2 juill. 1859 et Cass., 16 nov. 1860, D. 61. 1. 172, S. 61. 1. 174 ; Grenoble, 21 déc. 1908, D. 1909. 2. 313, P. et S. 1910. 2. 129).

1487. Interprétation restrictive. — La constitution de dot s'interprète toujours restrictivement. Ainsi quand elle est conçue *en termes généraux* et que la femme déclare dotaux tous ses biens, il n'y a de dotaux que *les biens présents*, et non les biens à venir (art. 1542, al 2). Voyez cependant Cass., 14 févr. 1866, D. 66. 1. 348, S. 66. 1. 203.

1488. Produits du travail de la femme. — Quand la constitution de dot comprend les biens à venir, on considérait autrefois comme dotal le produit de l'industrie ou du travail de la femme, salaire, traitement, etc., pour toute la période comprise entre la célébration du mariage et sa dissolution (Riom, 23 mars 1881, D. 83. 2. 17, S. 86. 1. 25 ; Cass., 13 févr. 1884, D. 84. 1. 325, S. 86. 1. 25). Voyez en sens contraire Demolombe, t. IV, n° 315. Comp. Grenoble, 8 avril 1902, D. 1905. 2. 41, et la note. Mais la situation a été changée par la loi du 13 juillet 1907. Le produit du travail de la femme reste paraphernal, même en présence d'une constitution dotale universelle : 1° parce que l'art. 5 de la loi précitée déclare que les gains de la femme lui restent *propres* sous tous les régimes ; 2° parce que l'art. 1er lui en accorde l'*administration* et la *jouissance*, ce qui est destructif de toute dotalité. De plus, les biens acquis par la femme sur ses économies restent aliénables et saisissables (art. 1 et 3).

La difficulté qui vient d'être signalée ne s'est jamais présentée pour les produits de l'industrie personnelle de la femme, lorsqu'elle ne s'est constitué en dot que ses biens présents : il a été admis de tout temps que ces biens étaient paraphernaux (Montpellier, 27 mai 1879, D. 80. 2. 117). Aujourd'hui ils se trouvent naturellement soumis au régime ultra-libéral de la loi de 1907.

B. — Biens donnés à la femme par contrat de mariage.

****1489. Inutilité d'une constitution expresse.** — D'après ce qui

[1] La constitution dotale universelle est relativement rare. En 1898, sa part a été à peine du quart des contrats : 2 703 sur 10 112.

précède, un bien ne peut devenir dotal que lorsqu'il a fait l'objet d'une constitution expresse, et cette constitution émane de la femme ; c'est elle qui déclare dotal tel ou tel bien. Par exception, quand il s'agit d'une donation faite à la femme par un tiers *dans son contrat de mariage*, la loi n'exige plus de constitution de dot formelle (art 1541). Le bien devient dotal par cela seul qu'il est donné à la femme dans son contrat, sauf l'effet d'une stipulation contraire ; le donateur aurait le droit de décider que le bien qu'il donne sera paraphernal.

C'est que l'intention des parties est si évidente qu'il est inutile de l'énoncer; la donation a lieu *en vue du mariage* et pour le faciliter, il faut donc que le mari acquière *un droit de jouissance* sur les biens donnés à sa femme, ce qui fait qu'ils deviennent *dotaux*. Une donation faite à la femme, même en vue du mariage, mais par acte séparé, n'aurait pas le même effet.

1490. Difficulté pour les biens donnés par le mari. — Un mari fait à sa femme une donation par contrat de mariage : les biens qu'il donne sont-ils dotaux ou paraphernaux ? Aucun doute ne s'élève quand il s'agit d'une donation de *biens à venir* que la femme recueillera seulement après la dissolution du mariage ; ces biens futurs n'auront jamais été dotaux. Mais il y a doute quand il s'agit de *biens présents* : la plupart des auteurs refusent d'appliquer à cette hypothèse la disposition de l'art. 1541 (Guillouard, t. IV, nº 1714) ; mais, la loi ne faisant pas de distinction, il est difficile de voir des paraphernaux dans les biens ainsi reçus par la femme. En ce sens Bordeaux, 30 avril 1850, D. 52. 2. 238, S. 51. 2. 65. Voyez cependant Aix, 19 janv. 1844, S. 44. 2. 247.

C. — Biens subrogés à des biens dotaux.

***1491. Cas de subrogation.** — Aucun bien ne peut être dotal qu'à la condition d'être compris dans une constitution de dot expresse ou tacite, c'est-à-dire de rentrer dans l'une ou l'autre des deux catégories visées par l'art. 1541. Mais le caractère dotal une fois acquis se transmet, dans certains cas et sous certaines conditions, aux biens nouveaux qui viennent remplacer dans le patrimoine de la femme une partie de sa dot aliénée : il y a alors *subrogation* d'un bien à un autre, subrogation *réelle* (ci-dessus, nº 922), qui transmet au bien nouveau l'affectation dotale qui grevait l'ancien.

Cette subrogation a lieu dans les deux cas d'*échange* et de *remploi*.

1º Échange.

***1492. Échange proprement dit.** — L'immeuble acquis en échange d'un immeuble dotal est *de plein droit dotal* jusqu'à concurrence de la valeur de celui qui est aliéné (art. 1559, al. 2).

La *soulte* payée aux époux, s'il y en a une, est également dotale (*ibid.*).

1493. Cas assimilé. — On assimile à l'échange le cas où la femme, obligée de *rapporter* l'immeuble dotal à la succession du donateur, reçoit *dans son lot un autre immeuble* par l'effet du partage : celui-ci est dotal, jusqu'à concurrence de la valeur du

premier. On considère que la femme subit un *échange forcé* (Montpellier, 11 nov. 1854, S. 54. 2. 687).

2° Remploi.

***1494. Portée étroite du principe moderne.** — Selon le droit romain les choses *achetées avec les deniers dotaux* étaient dotales : « Res quæ ex pecunia dotali comparatæ sunt, dotales esse videntur » (Gaius, *Dig.*, liv. XXIII, tit. 3, fr. 54).

Le droit français part d'un principe tout à fait différent : il ne suffit pas que les choses aient été acquises avec l'argent de la dot ; il faut encore *que cet emploi ait été obligatoire pour le mari.* Si l'argent représentant la dot était à la disposition du mari, il a pu en faire ce qu'il a voulu et l'immeuble acheté par lui n'est pas dotal, même quand il a été acquis au nom de la femme. Tel est le principe qui ressort de la double décision donnée par l'art. 1553 et analysée ci-dessous, n°s 1495-1496.

Cette décision de la loi, qu'on peut à beaucoup d'égards considérer comme fâcheuse, paraît avoir été inspirée par un passage de d'Aguesseau (*Œuvres*, 27e plaidoyer, édit. de 1761, t. II, p. 642). Comp. le rapport de M. le conseiller Denis (D. 91. 1. 487).

***1495. Cas où la subrogation s'opère.** — Dans le système actuel, pour que l'immeuble acquis des deniers dotaux devienne dotal, il faut que la condition d'emploi soit *imposée au mari par le contrat de mariage ou par la loi.* Cette condition se trouve remplie dans les cas suivants :

1° Deniers donnés en dot avec clause d'emploi. — Si la dot consiste en argent, et qu'il soit convenu dans le contrat que le mari en devra faire emploi au profit de sa femme, l'immeuble (ou les valeurs) acquis en remploi est dotal. C'est l'hypothèse réglée par l'art. 1553, al. 1.

2° Prix provenant de l'aliénation d'un immeuble dotal. — Lorsque l'immeuble dotal est vendu au cours du mariage, avec autorisation de justice, dans les cas où la loi en permet l'aliénation, le prix en doit être *affecté à l'opération qui a rendu l'aliénation nécessaire,* par exemple à doter un enfant ou à payer des réparations. Mais, s'il reste quelque chose après que cette destination de l'argent a été remplie, l'*excédent du prix est dotal* et la loi veut qu'il en soit fait emploi comme tel (art. 1558, al. 7).

Il en est de même dans le cas où l'aliénation de l'immeuble est *permise par le contrat de mariage* à charge de remploi, avec cette différence toutefois que, dans ce dernier cas, on a ordinairement à remployer *la totalité du prix,* parce que les époux vendent souvent leur immeuble pour changer simplement le placement de leurs capitaux, selon leurs commodités et leurs besoins. L'immeuble nouveau devient dotal comme l'ancien, bien que la loi n'ait pas prévu expressément ce cas particulier (arg. art. 1553, al. 1, et 1558, al. 7, cbnés).

Dans tous les cas, l'immeuble acquis en remploi ne devient dotal qu'autant que les déclarations prescrites par les art. 1434 et 1435, pour le remploi des propres de communauté, ont été faites ; le remploi ne produit son effet qu'à la condition d'être régulier dans la forme et d'établir d'une manière certaine l'origine du bien et son caractère dotal. De plus, si sa valeur est supérieure à celle de l'ancien, il ne devient dotal que pour partie et jusqu'à concurrence de la valeur du précédent (Montpellier, 24 janv. 1895, D. 95. 2. 434).

3° Soultes provenant d'échanges. — Si la femme qui aliène par voie d'échange un immeuble dotal, devient créancière d'une soulte pour l'excédent de valeur, cette soulte est dotale et *il doit en être fait emploi comme tel à son profit* (art. 1559, al. 2). Les valeurs achetées en placement de cette soulte seront donc dotales.

4° Indemnités d'expropriation. — Lorsque l'immeuble dotal est exproprié pour cause d'utilité publique, l'indemnité que la femme reçoit est assimilée à un prix de vente, et l'emploi qui en est fait lui fait acquérir un nouveau bien dotal (Cass., 15 déc. 1845, D. 46. 1. 225, S. 46. 1. 161). Cet arrêt décide en outre que le remploi ainsi fait, étant un acte nécessité par l'expropriation, bénéficie de la dispense des droits d'enregistrement accordée par l'art. 58 de la loi du 3 mai 1841.

5° Indemnités payées en réparation d'un délit. — Si un tiers a par sa faute causé la perte de la dot, l'indemnité qu'il paie à la femme pour réparer le dommage subi par elle devient dotale et donne lieu à un remploi comme telle, *tout au moins lorsque la condition d'emploi a été stipulée par le contrat de mariage*. Ainsi jugé à propos d'un notaire qui avait fait périr en partie la dot mobilière de la femme par suite d'un mauvais placement dont il fut déclaré responsable (Aix, 6 janv. 1890 et Cass., 5 janv. 1891, D. 91. 1. 486, S. 90. 2. 89 et 91. 1. 102).

***1496. Cas où la subrogation ne s'opère pas.** — La subrogation n'a pas lieu dans les cas suivants, pour lesquels en général le remploi des deniers dotaux est facultatif. Voyez toutefois ce qui est dit au 3° ci-dessous.

1° Biens cédés au mari en paiement de la dot. — S'il arrive que le mari reçoit à la place d'une dot promise en argent, un ou plusieurs immeubles ou d'autres biens en nature, ces biens ne deviennent pas dotaux (art. 1553, al. 2). Par suite, ils sont aliénables et saisissables lorsque les époux s'étaient réservé par leur contrat de mariage la libre disposition de la dot mobilière, sans condition d'emploi (Cass., 18 juin 1895, D. 96. 1. 169).

2° Biens recueillis par la femme dans la succession du constituant. — Assez souvent la dot promise en argent n'est pas payée immédiatement ; le temps passe, et le constituant, qui est ordinairement le père de la femme, meurt sans s'être libéré. La femme accepte sa succession ; sa créance s'éteint par l'effet du rapport et elle reçoit en nature sa part héréditaire. Le fait est assez fréquent parce que l'on stipule souvent que le capital de la dot sera payable seulement au décès des constituants. Les biens qui arrivent de cette façon à la femme ne sont pas dotaux (Cass., 1er déc. 1857, D. 58. 1. 71, S. 57. 1. 257 ; Cass., 3 juin 1891, D. 92. 1. 13, S. 93. 1. 5 ; Cass., 26 nov. 1895, S. 96. 1. 73 ; Pau, 2 juin 1896, D. 98. 2. 356, S. 96. 2. 216).

3° Biens achetés avec les deniers dotaux non soumis a emploi. — C'est l'hypothèse inverse de celle qui a été indiquée au 1° du numéro 1495 ; les

deniers donnés en dot n'étant pas sujets à remploi, l'immeuble acquis avec eux n'est pas dotal conformément à l'art. 1553, al. 1 (Cass., 21 nov. 1871, D. 71. 1. 291, S. 71. 1. 175). Comp. Grenoble, 21 déc. 1908, D. 1909. 2. 313, P. et S. 1910. 2. 129, et la note de M. Nast au *Dalloz*.

Il se peut même que le bien acheté avec des deniers provenant de la vente d'un bien dotal ne devienne pas dotal, quoique le remploi en soit obligatoire. Il suffit de supposer pour cela soit que les formes du remploi n'ont pas été observées et que l'opération a manqué son effet, soit que l'aliénation a eu lieu d'une manière irrégulière et en dehors des cas où elle était permise. Dans un cas comme dans l'autre, *ce qui reste dotal c'est le bien aliéné*, qui a été indûment vendu ou non remplacé, et on ne peut pas transporter la dotalité à l'immeuble nouvellement acquis par la femme : l'aliénation du bien dotal est nulle et ne modifie pas la composition du patrimoine de la femme (Cass., 16 mars 1897, D. 98. 1. 81, S. 97. 1. 265 ; Grenoble, 1er juin 1897, D. 98. 2. 430).

4° Biens cédés après séparation de biens en paiement des reprises. — Quand la séparation de biens est prononcée, le mari doit restituer la dot et se trouve souvent de ce chef débiteur de sommes d'argent envers sa femme ; pour se libérer, il lui cède un ou plusieurs immeubles ; ces immeubles ne deviennent pas dotaux parce qu'ils sont donnés « en paiement de la dot », comme le dit l'art. 1553 (Cass., 12 avril 1870, D. 70. 1. 264, 2. 70. 1. 185).

5° Indemnités d'assurance. — Au cas où l'immeuble dotal vient à brûler, l'indemnité payée à la femme par une compagnie d'assurance *n'est pas dotale*. C'est une créance qui a sa source dans un contrat indépendant de la dot et du contrat de mariage, et s'il en est fait emploi au profit de la femme, cet emploi ne donne pas au bien nouveau le caractère dotal (en ce sens, Nîmes, 20 juin 1860 ; Pau, 31 mai 1893, D. 95. 2. 10).

Cette solution ne peut être attribuée qu'à une véritable lacune de nos lois. Il est certain que la pratique des assurances a pour but de combler les vides faits par les sinistres dans les patrimoines des particuliers. Déclarer que le résultat obtenu par elle ne sera pas identique à l'état de choses ancien, c'est ne pas remplir complètement leur intention. Le droit moderne s'est déjà écarté de cette vue primitive et trop étroite pour admettre l'idée nouvelle sur un point important : en matière hypothécaire, l'indemnité d'assurance est considérée comme subrogée à la chose détruite, pour permettre aux créanciers d'exercer sur elle leur droit de préférence (L. 19 févr. 1889). Mais ce texte nouveau ne peut être étendu à la matière de l'inaliénabilité dotale [1].

1497. État de la dot en l'absence de subrogation réelle. — Que devient donc la dot quand il est fait emploi de deniers dotaux dans des conditions telles que les biens ou valeurs achetés ne soient pas réputés dotaux ? Ce qui est *dotal*, c'est *une somme d'argent* que le mari a touchée comme administrateur des biens de la femme, dont il est *débiteur* envers celle-ci. Il semble donc que la dot devrait se réduire à *une créance de la femme contre le mari*.

Tel n'est pas le point de vue de la jurisprudence. En fait, le mari n'a pas gardé cet argent entre ses mains ; il l'a placé au moyen d'une *acquisition*

[1] Cependant la jurisprudence n'est pas très éloignée de cette vue, puisqu'elle admet que l'indemnité payée en réparation d'un délit *représente* la dot et est dotale. Voyez le n° 1495, 5°.

faite au nom de sa femme, de sorte que le mari *n'est plus débiteur de la dot* ; c'est la femme qui la possède ; seulement par une véritable bizarrerie du droit, elle la possède *sous la forme d'un bien paraphernal.* L'immeuble, qui lui sert de placement, n'a pas pu devenir dotal, par suite de la rédaction trop étroite de nos textes, il est donc paraphernal ; mais c'est un bien paraphernal qui contient en lui, *à l'état latent,* pour ainsi dire, une valeur dotale inaliénable qui devra toujours se retrouver.

Nous aurons plus loin à nous occuper de la situation singulière de ces paraphernaux qui *représentent la dot,* après l'avoir en quelque sorte *absorbée.* Voyez ci-dessous, n°s 1670 et suiv.

§ 2. — *De la défense de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage.*

****1498. Motif de la prohibition.** — Le Code civil voit avec une véritable défaveur l'inaliénabilité de la dot. Il s'est résigné à l'admettre pour ne pas heurter d'antiques habitudes et pour favoriser les mariages. Mais une fois le mariage conclu, il n'y a plus de raison pour autoriser à nouveau une dérogation aussi grave aux principes fondamentaux de la propriété et de la capacité des personnes. Aussi est-il défendu d'accroître la dot pendant le mariage : elle ne peut être ni *constituée* ni *augmentée* après la célébration (art. 1543). On ne peut donc pas, quand la constitution de dot porte seulement sur les biens présents, convenir plus tard qu'un bien acquis pendant le mariage sera dotal.

***1499. Son caractère spécial.** — La disposition prohibitive de l'art. 1543 n'est pas une application du principe général formulé dans l'art. 1395, qui rend les conventions matrimoniales irrévocables à partir du mariage. Si c'était un simple effet de l'immutabilité de ces conventions, *les époux seuls seraient atteints par la prohibition,* et les tiers resteraient libres de leur donner ou de leur léguer un bien à la condition qu'il sera dotal (ci-dessus, n° 818).

Or la prohibition de l'art. 1543 est *générale* ; elle lie *les tiers eux-mêmes.* La loi ajoute ici quelque chose à sa prohibition ordinaire ; elle ne veut plus autoriser l'extension de l'inaliénabilité après la célébration du mariage.

***1500. Sanction de la prohibition.** — Si un tiers fait une donation à la femme sous condition que le bien donné sera dotal, alors qu'il devrait être paraphernal d'après le contrat de mariage, *la donation n'est pas nulle.* La clause qui tendait à rendre ce bien inaliénable est seule *illicite* ; elle est donc *réputée non écrite,* comme le veut l'art. 900, et la donation reçoit son effet comme si l'inaliénabilité n'avait pas été stipulée (Paris, 20 oct. 1890, D. 91. 2. 359). Quel sera alors le sort du bien donné ? On pourrait croire

qu'il devient *paraphernal*, puisque la loi ne permet pas qu'il devienne dotal. Cependant il faut remarquer que le tiers aurait pu faire sa donation en la décomposant et donner la propriété à la femme et la jouissance temporaire au mari pour la durée du mariage. Une pareille clause serait valable ; comme il convient de s'écarter le moins possible de l'intention des parties, on devrait donc interpréter en ce sens la donation faite à la femme : le mari en aura la jouissance comme s'il s'agissait d'un bien dotal, et le bien sera aliénable, comme les paraphernaux.

1501. Limites de la prohibition. — La défense d'augmenter la dot ne s'applique qu'aux accroissements qui sont le fait d'un acte volontaire et spécial des époux, et non à ceux qui seraient l'effet *naturel* d'une autre cause. Ainsi l'augmentation résultant de l'*alluvion* ou de l'*accession* serait dotale, comme le fonds auquel elle vient s'ajouter. L'art. 1543 ne s'oppose pas davantage à ce que l'on considère comme dotal l'*usufruit* qui vient se joindre, lors de la mort de l'usufruitier, à la *nue propriété* comprise dans la constitution de dot (Bordeaux, 20 janv. 1893, D. 93. 2. 517, S. 94. 2. 32). Mais il y a plus : l'effet de l'art. 1543 se trouve parfois empêché par l'application d'un autre principe, qui aboutit à *une augmentation de la dot au cours du mariage par le fait volontaire des époux*.

En voici deux exemples remarquables :

1° Constructions. — Les bâtiments élevés par la femme ou le mari, sur un terrain dotal, sont dotaux par l'effet de l'accession, quand bien même ils seraient faits *avec des deniers paraphernaux* ou *avec l'argent du mari* (Cass., 29 août 1860, D. 60 1. 393, S. 61. 1. 9 ; Lyon, 11 mars 1886, D. 87. 2. 129, S. 88. 2. 7). Il en résulte seulement que le mari a droit à *récompense*, lorsque c'est lui qui a payé les travaux (Cass., 10 juin 1885, S. 85. 1. 345).

2° Acquisition de parts indivises. — Lorsqu'une part indivise dans la propriété d'un immeuble, dont la femme ne possède qu'une partie, se trouve comprise dans la constitution de dot, il arrive fréquemment que la femme acquière au cours du mariage, soit par un partage, soit par une licitation, les parts qui manquaient : ces parts nouvellement acquises deviennent-elles dotales ? MM. Aubry et Rau ont soutenu que la part primitive de la femme était seule comprise dans sa dot, et que le surplus de l'immeuble ne peut être que paraphernal, même dans le cas où la dotalité frappe les biens à venir (t. V, § 534, notes 42 et 43). Mais la jurisprudence, approuvée par la majorité des auteurs, décide que tout est dotal, en vertu de l'art. 883, parce que la femme est réputée avoir toujours été propriétaire de la totalité de l'immeuble. La rétroactivité du partage l'emporte donc ici sur la prohibition de l'art. 1543 (Cass., 21 mars 1860, D. 60. 1. 297, S. 60. 1. 874 ; Limoges, 14 nov. 1876, D. 77. 2. 35, S. 77. 2. 137). Ces arrêts ont statué dans des cas où la constitution comprenait tous les biens présents et à venir. On peut prévoir qu'on donnerait la même solution pour le cas où les biens à venir ne seraient pas dotaux : l'effet rétroactif du partage ferait considérer l'immeuble entier comme ayant toujours appartenu à la femme.

****1502. Possibilité de diminuer la dot pendant le mariage.** — On remarque que l'art. 1543 défend seulement d'*augmenter* la dot, parce qu'on veut seulement éviter l'accroissement des biens inaliénables ; il ne défend pas de la *diminuer*. Cela ne veut pas dire que les époux soient libres de diminuer à leur gré l'étendue de la constitution dotale, car même à défaut de l'art. 1543, ils restent toujours liés par l'art. 1395 qui leur défend de rien changer à leur contrat de mariage ; ils ne pourront donc pas, par une convention faite par eux, enlever le caractère dotal à un bien qui doit l'avoir

d'après le contrat de mariage. Mais les tiers, qui ne sont pas liés par le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, peuvent leur faire des libéralités en stipulant que les biens qu'ils donnent seront paraphernaux au lieu d'être dotaux, alors même que la femme se serait constitué en dot tous ses biens à venir (Cass., 16 mars 1846, D. 46. 1. 368, S. 47. 1. 157; Nîmes, 10 déc. 1856, D. 58. 2. 8, S. 57. 2. 134).

Cependant si cette donation émanait d'un ascendant de la femme, la clause de paraphernalité ne vaudrait que dans la limite de la quotité disponible (GUILLOUARD, t, IV, n° 1737).

§ 3. — *Droits du mari sur les biens dotaux.*

****1503. Comment le mari a cessé d'être propriétaire de la dot.** — Selon le droit romain le mari était *propriétaire* de la dot; aujourd'hui il n'est plus qu'*usufruitier*. Cette transformation s'est faite par voie d'*interprétation doctrinale* plutôt que par les réformes législatives, dont elle n'est qu'une conséquence indirecte : quand il fut bien établi que la femme avait droit en toute hypothèse à la restitution de sa dot, et quand, d'autre part, le mari eut complètement perdu son droit de disposition, on s'aperçut que le « dominium civile », que les textes lui reconnaissaient encore sur la dot, n'était plus qu'un vain mot et que tout son pouvoir se réduisait à l'administration et à la jouissance. Propriétaire temporaire, incapable d'aliéner, et obligé de restituer, que gardait-il du droit de propriété, sinon l'usufruit?

Dès le XVe siècle, Masuer disait : « Vir habet jus usufructuarium, et uxor proprietatem » (*Practica forensis*, De dote et matrimonio, n° 10). Au XVIIe siècle, Charondas (L. Le Caron), Perez et d'autres disent que si le mari est appelé propriétaire de la dot, c'est seulement par fiction, c'est une *subtilitas juris*. Domat explique cette situation ambiguë, en disant que le mari « exerce de son chef les droits et actions qui dépendent de la dot d'une manière qui le fait ocnsidérer comme s'il en était le maître, mais qui n'empêche pas que la femme en conserve la propriété » (*Loix civiles*, Liv. I, tit. 10, sect. 1, n° 4). Tout le monde considérait le mari comme un simple usufruitier (DUPÉRIER, *Questions notables*, I, 3; JULIEN, *Éléments de jurisprudence*, I, 4, n° 16).

***1504. Système du Code.** — Le Code civil n'a donc fait que maintenir une solution déjà acquise en traitant le mari comme un *administrateur* de la dot (art. 1551 et 1552)[1]. Ainsi la propriété des biens dotaux reste à la

[1] M. Troplong crut pouvoir soutenir dans son *Traité du contrat de mariage* que la dot, tant immobilière que mobilière, est en principe la propriété du mari comme en

femme en principe ; le mari n'en a que l'usufruit. Dans certains cas seulement le mari devient propriétaire.

Pour étudier les pouvoirs du mari, il importe donc de distinguer ces deux classes de biens dotaux.

A. — Biens dont le mari devient propriétaire.

***1505. Causes de translation de la propriété.** — C'est tantôt *en vertu de la loi* et tantôt *en vertu d'une convention spéciale* que le mari devient propriétaire de certains biens dotaux.

1° Acquisition légale. — Deux sortes de choses sont acquises au mari : *a*) celles qui sont *consomptibles par le premier usage* et dont le mari acquiert la propriété par application des règles du quasi-usufruit (art. 587) ; *b*) celles qui sont destinées à être vendues. Voyez sur le premier cas, Cass., 22 mars 1882, D. 82. 1. 337, S, 82. 1. 241 ; Orléans, 11 janv. 1883, S. 84. 2. 188.

2° Acquisition conventionnelle. — La propriété est transférée au mari, quand il s'agit de biens dotaux qui ont été *livrés au mari sur estimation, dans les cas où l'estimation vaut vente.* Ces cas varient : s'il s'agit de *meubles,* l'estimation vaut vente par elle-même, et il faut une convention contraire pour l'empêcher d'avoir cet effet (art. 1551) ; s'il s'agit *d'immeubles,* l'estimation ne vaut vente qu'autant que les parties l'ont spécialement déclaré (art. 1552). Comp. Cass., 3 avril 1905, D. 1910. 1. 497. — Quand l'estimation ne vaut pas vente, elle sert de base pour fixer les dommages-intérêts qui sont dus au cas de détérioration ou de destruction de la chose par le mari.

Du reste, la formule dont on se sert en disant que « l'estimation vaut vente » n'est pas absolument exacte : si la femme était réellement venderesse, sa créance serait *garantie par le privilège du vendeur,* tandis qu'elle est une simple *créance dotale,* garantie par l'*hypothèque légale.*

***1506. Pouvoirs du mari.** — Devenu propriétaire du bien dotal, le mari peut l'aliéner et en disposer comme de son bien propre. A vrai dire ce n'est plus un bien *dotal,* puisqu'il n'appartient plus à la femme ; c'est *un bien du mari,* libre entre ses mains et que ses créanciers peuvent saisir.

Pour cette partie, la dot de la femme ne consiste qu'en une *créance* qu'elle a contre son mari, et qui a pour objet le montant de l'estimation, s'il y en a une ; sinon, la valeur du bien. C'est cette créance seule qui est *dotale.*

droit romain (nos 3097 à 3104). Tessier lui répondit dans ses *Questions sur la dot,* 1852, nos 2 et suiv. et spécialement nos 26 à 33, en prouvant, textes en mains, que le mari n'avait pas la propriété de la dot.

B. — Biens dont la femme reste propriétaire.

***1507. Double droit du mari.** — Quand la propriété du bien dotal reste à la femme, comme c'est la règle, le mari acquiert : 1° *un droit d'administration* ; 2° *un droit de jouissance.* Mais il est possible d'insérer dans le contrat des clauses réservant à la femme l'administration et la jouissance de sa dot.

1° Pouvoirs du mari comme administrateur.

***1508. Notion générale.** — Sous le régime dotal les pouvoirs du mari comme administrateur des biens de sa femme sont plus étendus que ceux qui lui appartiennent sur les propres sous le régime de communauté. Il a gardé quelque chose de son ancienne qualité de propriétaire. Ainsi il peut non seulement faire tous les *actes d'administration,* passer des *baux,* toucher les *revenus* et même les *capitaux* et en donner quittance (art. 1549) ; mais il peut de plus : 1° *aliéner le mobilier dotal* ; 2° *exercer seul les actions immobilières pétitoires.* Ces deux points demandent quelques explications.

a. — *Aliénation des meubles dotaux.*

***1509. Pouvoirs du mari d'après la jurisprudence.** — Cette matière offre un exemple extrêmement remarquable de la conservation des règles juridiques malgré le silence des textes. Une jurisprudence, dont l'origine remonte à l'époque romaine, décide que le mari est le maître de la dot mobilière dont il peut disposer à son gré, comme au temps où il en avait le domaine véritable. Voyez à ce sujet un arrêt très intéressant de 1819 (Cass., 1er févr. 1819, D. 10. 341, n° 2, S. 19. 1. 146, S. chr. 6. 1. 16), qui a servi de point de départ à toute la jurisprudence moderne [1]. Quant à l'ancienne jurisprudence sur laquelle l'arrêt s'appuie, voyez Troplong, t. IV, nos 3166 et suiv., et 3226 et suiv. Cette jurisprudence ne s'est jamais démentie et le droit de disposition du mari est aujourd'hui bien établi, non seulement pour les meubles corporels, à l'égard desquels les acquéreurs se trouveraient protégés par la règle du droit commun : « En fait de meubles possession vaut titre », mais même pour les meubles incorporels, comme les créances et les valeurs mobilières : il est admis que le mari peut, sans le concours de sa femme, céder les créances dotales et faire opérer le transfert des titres de rentes, d'actions ou d'obligations (Cass., 12 août 1846, D. 46. 1. 296, S. 46. 1. 602 ; Cass., 18 févr. 1851, D. 51. 1. 81, S. 53. 1. 729 ; Cass. 26 août 1851, D. 51. 1. 283, S. 51. 1. 805 ; Cass., 6 déc. 1859, D. 59. 1. 501, S.

[1] Voyez les considérants de cet arrêt en note sous le n° 1577, ci-dessous.

60. 1. 644; Cass., 1er août 1866, D. 66. 1. 446, S. 66. 1, 363). Voyez cependant Poitiers, 17 juill. 1860, D. 63. 2. 28. Cet arrêt est resté isolé.

Quelques rares auteurs protestent en vain contre cette jurisprudence (Tessier, *Dot*, t. I, p. 330, *Questions*, nos 68 à 78, Rodière et Pont, t. III, n° 1772; Sincholle, *De l'inaliénabilité de la dot*, nos 89 et suiv.). Ils oublient que le régime dotal a été conservé avec toutes ses traditions, sauf les modifications résultant des textes.

Exception au cas de fraude. — Une seule exception est admise en jurisprudence : lorsqu'il y a eu concert frauduleux entre le mari et l'acquéreur pour dépouiller la femme de sa fortune mobilière, l'aliénation doit être déclarée nulle sur la demande de la femme, si le mari est insolvable (Cass., 26 mars 1855, D. 55. 1. 326, S. 55. 1. 481). C'est une application de l'*action Paulienne* et de la maxime « Fraus omnia corrumpit ».

***1510. Clause restrictive des pouvoirs du mari.** — La conservation des anciens pouvoirs du mari sur les meubles dotaux est certainement contraire à la tendance du régime dotal ; c'est mettre la dot mobilière à la merci du mari et, d'après la loi, la femme n'a d'autre moyen de se protéger elle-même que de demander la séparation de biens. Toutefois, il lui est facile d'apporter un remède à cette situation, puisque le régime dotal suppose toujours la rédaction d'un contrat de mariage. C'est de stipuler dans son contrat de mariage que ses valeurs dotales ne pourront être aliénées qu'*à charge de remploi*, comme ses immeubles, en exprimant bien clairement que les tiers seront responsables du défaut de remploi. Cette clause est admise dans la pratique, bien qu'elle ajoute quelque chose aux effets du régime dotal, en aggravant les conséquences de l'inaliénabilité au delà de ce qui est établi par les textes.

1511. Responsabilité des agents de change et autres détenteurs de valeurs dotales. — Lorsqu'une valeur mobilière dotale est rendue inaliénable sauf remploi, une lourde responsabilité pèse sur l'agent de change chargé de la vente : il doit en surveiller le remploi et est responsable envers la femme, si les fonds ne reçoivent pas la destination prévue (Cass., 3 déc. 1888, D. 90. 1. 71, S. 89. 1. 121; Cass., 7 juill. 1891, D. 92. 1. 185, S. 94. 1. 458; Cass., 20 mars 1894, D. 95. 1. 45, S. 94, 1. 489). Cette surveillance lui est facile, lorsque l'argent doit servir à acquérir de nouvelles valeurs mobilières dont il peut faire lui-même l'achat; elle devient plus difficile lorsque l'agent de change est obligé d'envoyer les fonds à un notaire chargé de faire un placement immobilier avec le produit de la vente : l'agent de change peut alors être trompé par le notaire qui détourne les fonds. Voyez l'arrêt du 7 juillet 1891 précité. — L'étendue de sa responsabilité peut, d'ailleurs, être atténuée par les termes du contrat de mariage (Cass., 15 févr. 1898, D. 1898. 1. 429). Comp. ci-dessous, n° 1557.

Une responsabilité analogue pèse sur les Villes et les Sociétés qui conservent des titres dotaux représentés par un certificat nominatif délivré à la femme. En cas de vente ou de

conversion de ces titres en titres au porteur, la responsabilité de la Ville ou de la Société peut se trouver engagée, si elle se dessaisit des fonds sans s'assurer du remploi. Toutefois, selon une pratique de plus en plus répandue, une clause spéciale du contrat de mariage dispense les établissements publics et les Sociétés, détenteurs de titres dotaux, de toute responsabilité à raison du défaut de remploi, de façon qu'il n'ont pas à s'immiscer dans cette opération et qu'ils n'ont aucune justification à demander. Cette clause est valable et produit une pleine décharge (Toulouse, 8 févr. 1904, D. 1906. 2. 299, S. 1904. 2. 313)[1]. Sur les formules employées à cet effet dans les contrats de mariage, voyez AMIAUD, *Formulaire général du notariat*, t. Ier, p. 682 ; JULLIOT, *Journal des notaires*, 1904, art. 28153, et la note du *Sirey*, 1904. 2. 313.

b. — *Exercice des actions.*

***1512. Caractère exceptionnel du pouvoir du mari.** — L'art. 1549 dit que le mari « a seul le droit de poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux ». Ici encore nous trouvons dans le texte même de la loi la trace de l'état de choses primitif dans lequel la femme n'était pas réputée propriétaire de sa dot, et où par suite l'exercice de ses actions dotales appartenait à son mari et non à elle-même. A ce point de vue la loi ne s'exprime pas pour le régime dotal comme elle le fait pour le régime de communauté, en disant dans l'art. 1428 que le mari peut « exercer seul » les actions appartenant à sa femme, ce qui lui confère une simple faculté d'agir, sans interdire l'intervention de la femme. Il en résulte que sous la communauté la femme a qualité pour figurer dans les instances qui l'intéressent, tandis qu'elle en est exclue sous le régime dotal.

***1513. Généralité du pouvoir du mari.** — La loi suppose que le mari joue le rôle de demandeur, car elle parle du droit de *poursuivre* les débiteurs et détenteurs ; cependant l'attribution exclusive de l'action au mari a lieu même lorsqu'il s'agit d'un procès dirigé par un tiers contre la femme. Le contraire a été jugé une fois (Riom, 28 janv. 1844, S. 46. 2. 17) ; mais cet arrêt a été désapprouvé : le pouvoir d'agir entraîne le pouvoir de défendre ; telle était la tradition, et, loin d'y déroger, le Code n'a fait que reproduire les expressions de Domat (AUBRY et RAU, t. V, § 535, note 7).

Il est à remarquer d'ailleurs que l'art. 1549, en donnant l'action au mari contre les *détenteurs* de biens dotaux, lui confère l'exercice des *actions im-*

[1] Ces clauses de décharge sont établies dans l'intérêt des époux, et non pas dans l'intérêt des établissements publics ou privés qui y sont dénommés : on a voulu éviter aux époux les lenteurs, les frais et les ennuis qui résultent toujours des justifications méticuleuses qu'exigent les grandes administrations ; on simplifie les opérations de vente et de rachat en déchargeant ces établissements de toute responsabilité, ce qui fait qu'on n'est plus obligé de leur fournir aucune justification. Cependant leur responsabilité peut reparaître, s'ils se dessaisissent des deniers dotaux entre les mains d'une personne qui, d'après le contrat de mariage, n'a pas qualité pour les recevoir : on les dispense de surveiller le remploi, on ne les dispense pas d'obtenir une décharge régulière, donnée par qui de droit. C'est ce qui est arrivé à la ville de Paris qui avait remis à un notaire des titres dotaux au porteur, au lieu de les remettre à un agent de change, comme le voulait le contrat (Paris, 30 déc. 1903, D. 1905. 2. 107, S. 1904. 2. 313, et, sur pourvoi, Cass., 28 janv. 1907, P. et S. 1912. 1. 22).

mobilières pétitoires, qui ne lui appartient pas sous le régime de communauté.

1514. Prétendues exceptions. — On présente en général comme des exceptions à la règle de l'art. 1549, trois cas dans lesquels le concours de la femme est nécessaire au mari pour la régularité de la procédure ; mais on va voir qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'*actions en justice* au sens véritable du mot.

1° Demande en partage. — Lorsque les biens dotaux sont indivis entre la femme et des tiers, par exemple à la suite de l'ouverture d'une succession au profit d'une femme qui s'est constitué en dot ses biens à venir, le mari ne peut procéder au partage qu'avec le concours de sa femme (art. 818). On a quelquefois contesté l'application de cet article au régime dotal dont il ne parle pas ; mais l'opinion contraire a triomphé aussi bien en doctrine (Aubry et Rau, t. V, § 535, note 12 ; Guillouard, t. IV, n° 1787) qu'en jurisprudence (Cass., 21 janv. 1846, D. 46. 1. 10, S. 46. 1. 263 ; Bordeaux, 30 mai 1871, D. 74. 2. 15, S. 71. 2. 147). Telle est d'ailleurs la tradition française.

2° Saisie immobilière. — La procédure de la saisie doit être dirigée conjointement contre le mari et la femme (arg. art. 2208, al. 2).

3° Expropriation pour cause d'utilité publique. — Si la femme n'accepte pas l'indemnité proposée par l'administration, l'instance tendant à faire fixer le chiffre de l'indemnité par le jury doit être poursuivie en même temps contre les deux époux (L. 3 mai 1841, art. 13, 25 et 28).

On voit que dans ces trois cas il s'agit plutôt d'*aliéner* plus ou moins librement des biens dotaux que de *plaider* sur l'existence d'un droit de propriété au profit de la femme.

1515. Responsabilité du mari. — En sa qualité d'administrateur des biens dotaux, le mari est responsable de tous les dommages qu'il peut causer à sa femme par sa négligence (art. 1562, al. 2). Ainsi il répond des prescriptions qu'il a laissé s'accomplir et des détériorations dues à sa faute. Il n'y a du reste pour cette responsabilité aucune règle particulière. Les juges apprécieront en fait l'existence de la faute du mari, par exemple s'il a tardé à réclamer le paiement de la dot promise et que le constituant soit devenu insolvable : le retard du mari pourra être excusé, s'il s'agissait d'un ascendant de la femme envers lequel les époux étaient obligés à quelque ménagement.

2° Droit de jouissance du mari.

****1516. Ressemblance avec l'usufruit.** — L'art. 1549, al. 2, donne au mari le droit de « percevoir les fruits et les intérêts » des biens dotaux.

Ce droit de jouissance du mari qui s'expliquait autrefois par sa qualité de *propriétaire* ne lui appartient plus que comme *usufruitier,* et la loi le soumet en principe à toutes les obligations de l'usufruitier (art. 1562, al. 1). En conséquence, le mari est tenu de *faire inventaire du mobilier* apporté en dot par sa femme ou à elle échu pendant le mariage, et de faire dresser un état des immeubles (art. 600) ; faute de quoi la femme serait admise à prouver par tous les moyens possibles, et même par commune renommée, la consistance ou la valeur du mobilier reçu par son mari.

De même le mari est soumis à toutes les charges qui pèsent sur les usufruitiers : réparations d'entretien (art. 605) ; contributions et autres charges annuelles (art. 608) ; intérêts des dettes au cas de constitution de dot universelle (art. 612).

1517. Dispense de donner caution. — La loi, considérant sans doute comme

suffisante la garantie de l'hypothèque légale, dispense le mari de donner caution pour la restitution de la dot, s'il n'y est pas assujetti par le contrat (art. 1550).

1518. Caractères exceptionnels de l'usufruit du mari. — D'autres différences plus profondes tiennent à ce que le droit du mari n'est pas un véritable usufruit (Montpellier, 6 mars 1844, D. 45. 2. 38, S. 45. 2. 11), et lui est donné pour l'aider à supporter les charges du mariage. De là résultent des règles particulières sur les points suivants :

Mode d'acquisition des fruits. — Le mari doit avoir la jouissance de la dot pendant tout le temps que dure le mariage, et seulement pendant le temps de sa durée. Aussi la loi établit-elle pour lui un mode spécial d'acquisition des fruits, qui ne lui appartiennent que *proportionnellement à la durée du mariage*, sans distinction entre les fruits en nature et les fruits en argent (art. 1571). Pour l'usufruitier ordinaire la règle est que les fruits civils s'acquièrent *jour par jour* et les fruits naturels *par la perception* (art. 585 et 586).

Améliorations a raison d'impenses. — Un usufruitier ne peut pas réclamer une indemnité à raison des améliorations qu'il prétend avoir faites. Il n'en est pas de même du mari qui n'obtient pas la jouissance de la dot pour son profit personnel, mais dans l'intérêt du ménage et qui est chargé de l'administrer. On reconnaît donc que les dépenses qu'il fait pour améliorer les biens dotaux sont faites dans l'intérêt de la femme autant que dans le sien et donnent lieu à récompense à son profit, *dans la mesure de la plus-value procurée au fonds* (Cass., 10 juin 1885, D. 86. 1. 205, S. 85. 1. 345). Comp. Guillouard, t. IV, n° 2151.

Incessibilité du droit. — Le droit de jouissance du mari est inséparable de sa personne : il ne peut être ni *cédé* ni *hypothéqué* par lui, ni *saisi* par ses créanciers. Autant de différences avec l'usufruit ordinaire qui est cessible et saisissable.

***1519. Insaisissabilité des revenus entre les mains du mari.** — Les créanciers du mari peuvent-ils saisir les revenus de la dot ? Ils devraient avoir le droit de saisir *la totalité de ces revenus* : l'inaliénabilité n'affecte que le capital de la dot, et non la jouissance qui appartient au mari et dont la libre disposition lui est abandonnée. On peut alléguer en ce sens la vérité historique, et il existe aussi quelques décisions judiciaires (Cass., 9 avril 1823, D. 10. 353, S. 23. 1. 331, S. chr. 7. 1. 124 ; Bordeaux, 6 juill. 1841, D. 41. 2. 230 ; Cass. sarde, 10 janv. 1854, D. 55. 2. 137). Troplong défendit cette solution avec beaucoup d'énergie (*Contrat de mariage*, t. IV, n°s 3288, et suiv. — Comp. Laurent, t. XXIII, n° 483).

Néanmoins cette opinion est *complètement abandonnée en France*. Une jurisprudence aujourd'hui bien fixée admet que l'inaliénabilité protège *même les revenus de la dot dans la mesure où ils sont nécessaires aux besoins de la famille* (Aix, 6 janv. 1890, D. 91. 1. 486, S. 90. 2. 89)[1], et en conséquence elle décide que les créanciers du mari ne peuvent saisir que *l'excédent de ces revenus* au delà de ce qui est indispensable à l'entretien du ménage (Aix, 17 mars 1857, D. 58. 2. 15. — Comp. Caen, 17 mai 1854, D. 55. 5. 160. Voyez aussi les motifs de Cass., 14 août 1883, D. 84. 1. 334, S. 86. 1. 37)[2]. Cette jurisprudence a le double inconvénient d'étendre sans

[1] Cette affectation des revenus de la dot aux besoins du ménage les rend *indisponibles* et empêche, par suite, de les *compenser* avec les dettes du mari (Cass., 12 mars 1902, S. 1907. 1. 491).

[2] Parallèlement à cette jurisprudence, il en existe une autre, qui ne se confond pas

grande utilité l'inaliénabilité au delà de son domaine naturel alors que la séparation de biens suffirait à protéger la femme, et de créer des difficultés pour déterminer la portion de ses revenus dotaux qui est saisissable par les créanciers.

3° Clauses rendant à la femme l'administration des biens dotaux.

1520. Clause prévue par la loi. — L'art. 1549, al. 3, dit qu'il peut être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera annuellement, *sur ses seules quittances*, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. On le voit : la loi ne pense qu'à une modification partielle des pouvoirs du mari, lui laissant la disposition de la plus grande partie des revenus dotaux et ne touchant pas à son rôle d'administrateur.

1521. Clause permise par la jurisprudence. — La jurisprudence est allée beaucoup plus loin : elle autorise la femme à se réserver *d'une manière complète* non seulement la *jouissance* de ses revenus, mais même *l'administration* de ses biens dotaux (Cass., 17 févr. 1886, D. 86. 2. 249, S. 86. 1. 161). C'est un changement considérable dans le fonctionnement du régime dotal : cela revient à dire que la femme est entièrement *séparée de biens* et qu'il n'y a *pas de biens dotaux,* mais que les biens de la femme sont néanmoins *inaliénables comme s'ils étaient dotaux*[1]. On peut approuver cette jurisprudence qui a pour elle le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Le régime dotal tend ainsi à s'écarter de son type primitif par le libre jeu des conventions. Certains auteurs, déroutés par la nouveauté de ces combinaisons, en ont inutilement contesté la validité (Aubry et Rau, t. V, § 535, note 16 ; Labbé, *Revue critique,* 1887, p. 442 et suiv.).

§ 4. — *De l'inaliénabilité des immeubles dotaux.*

****1522. Principe d'inaliénabilité.** — Le principe est établi dans l'art. 1554, où il est dit que « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés pendant le mariage ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement ». C'est le système de la loi Julia tel qu'il existait après la réforme de Justinien, qui l'avait aggravé et complété (ci-dessus, n° 1466).

***1523. Son maintien en 1804.** — Le projet de l'an VIII avait conservé la faculté de déclarer inaliénables les biens dotaux (Fenet, t. II, p. 326,

avec elle, quoique leurs motifs soient souvent identiques, et d'après laquelle les revenus de la dot sont également insaisissables *pour les créanciers de la femme.* Cette seconde série d'arrêts sera indiquée et analysée à propos de la séparation de biens (ci-dessous, n° 1630). Remarquons que le système d'insaisissabilité appliqué aux créanciers du mari paraît n'avoir été que la suite et la conséquence de l'insaisissabilité opposée aux créanciers de la femme. C'est du moins ce qui ressort de la date respective des deux séries d'arrêts.

[1] Les créanciers de la femme dotale ne peuvent pas, même après la dissolution du mariage, saisir la portion de revenus dont la femme s'était réservé la disposition. Cette clause a seulement pour but de restreindre au profit de la femme les droits du mari sur les revenus dotaux et non d'en changer la nature (Cass., 19 févr. 1912, P. S. 1913. 2. 241).

art. 123); la section de législation le modifia, déclarant nulle toute convention qui tendrait à rendre la dot inaliénable (FENET, t. XIII, p. 521, art. 138). Ce projet souleva les réclamations unanimes des pays du Midi; on les atteignait dans leurs habitudes les plus chères, en les forçant à modifier aussi profondément le régime de la dot : supprimer l'inaliénabilité dotale, c'était presque supprimer ce régime lui-même. Par leur insistance les départements du Midi obtinrent l'insertion dans le Code d'un chapitre complet sur le régime dotal, et dans ce chapitre, le maintien du principe de l'inaliénabilité.

Toutefois le point de vue a changé et le motif qu'on en donne n'est plus le même, et l'on ne cite plus l'ancienne maxime : « Interest reipublicæ mulieres dotes salvas habere ». En 1819, la Cour de cassation s'en servait encore, mais dès le milieu du XIXe siècle elle était abandonnée ; la protection dotale n'apparaît plus comme une institution d'ordre public ; on n'y voit plus que la garantie des intérêts particuliers d'une famille.

A. — Nòtion de l'inaliénabilité.

*1524. **Nature de l'inaliénabilité.** — Faut-il considérer l'inaliénabilité dotale comme une pure *indisponibilité réelle* ou bien comme *une aggravation de l'incapacité de la femme mariée*? Est-ce le bien en lui-même qui est retiré du commerce? Ou est-ce la femme dotale qui est déclarée incapable d'en disposer sans que l'autorisation de son mari ni celle de la justice puisse la relever de cette incapacité? La question est oiseuse, car l'indisponibilité d'un bien ne peut jamais s'expliquer que par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner, c'est *une incapacité frappant une personne.* Dire : « Le bien dotal ne peut pas être aliéné », c'est dire que son propriétaire a perdu le droit d'en disposer; cela ne peut pas signifier autre chose, et ceux qui croient y voir une autre idée sont dupes d'une simple transposition de mots dans la phrase : seules les *personnes* peuvent ou ne peuvent pas agir; leurs biens sont toujours le sujet *passif* de leurs actes; quand un *bien* ne *peut* pas être aliéné, c'est que son *propriétaire* ne *peut* pas en disposer.

L'idée d'une inaliénabilité réelle, encore défendue dans la doctrine (MONGIN, *Revue critique,* 1886, p. 92 et 170), n'a pas été admise par la jurisprudence (Cass., 13 fév. 1884, D. 84. 1. 325, S. 86. 1. 25). Sur la façon dont la jurisprudence considère l'inaliénabilité de la dot et son affectation aux besoins de la famille, voyez la note de M. Bartin, D. 1901. 1. 149, col. 2; comp. GÉNY, *Méthode d'interprétation,* n° 71.

1525. **Conséquences de l'inaliénabilité. — En vertu de l'inaliénabilité, il y a quatre choses qui deviennent impossibles :

1° L'*aliénation par les époux* du fonds dotal;

2° La *prescription de la propriété* par un tiers;

3° La *saisie par les créanciers*;

4° Les *conventions sur l'hypothèque légale de la femme* (Cass., 3 déc.

1883, D. 84. 1. 334, S. 84. 1. 232), à moins qu'elles soient autorisées par le contrat de mariage (ci-dessous, n° 1584 *bis*).

Cette dernière conséquence a déjà été signalée dans le t. II (n° 3469); la seconde et la troisième seront étudiées plus loin sous la forme de paragraphes distincts ; la première seule va faire l'objet du présent paragraphe, dans lequel le mot « inaliénabilité » prend par conséquent un sens précis et étroit.

***1526. Point de départ de l'inaliénabilité.** — La jurisprudence a parfois attribué au contrat de mariage une rétroactivité, qui en reporte certains effets partiels au jour de sa date, après qu'il est devenu efficace par la célébration du mariage. Cependant elle a toujours considéré les biens dotaux comme devenant inaliénables, non pas dès le jour de la signature du contrat, mais seulement à dater du mariage. Voyez ci-dessus, n° 833, et ci-dessous, n° 1599.

****1527. Actes empêchés par l'inaliénabilité.** — La garantie donnée à la femme par le régime dotal est à ce point de vue très énergique ; la loi l'empêche de faire valablement aucun acte d'aliénation totale ou partielle, directe, ou indirecte.

Aliénations totales. — Il n'en est aucune qui soit permise à la femme *de son vivant* : la *vente*, l'*échange*, la *donation*, et par voie de conséquence la *transaction* (art. 2045) et le *compromis* (art. 1004 C. proc. civ. et 83-6° *ibid.* cbnés), sont également impossibles. Il en est de même du *partage d'ascendant* (Riom, 17 déc. 1888, D. 90. 2. 327), et de la *donation de biens à venir* (Cass., 8 mai 1877, D. 78. 1. 32, S. 77. 1. 252; Cass., 25 avril 1887, D. 88. 1. 169, S. 87. 1. 320) ; cette dernière équivaut à une aliénation puisqu'elle empêche le donataire de disposer ultérieurement à titre gratuit.

Aliénations partielles. — L'art. 1554 ne mentionne aucun des démembrements de la propriété, tels que les servitudes, l'usufruit, l'emphytéose. Il n'est cependant pas douteux que ces constitutions de droits réels soient empêchées par la dotalité : ce sont des *aliénations partielles* qui tombent sous le coup de sa prohibition. — L'ouverture d'une carrière a été assimilée à une aliénation (Amiens, 19 janv. 1904, D. 1905. 2. 35).

Hypothèques. — La loi annule formellement l'hypothèque du fonds dotal (art. 1554). Mais il ne s'agit là que des hypothèques qui prennent naissance par la volonté de la femme. La dotalité n'empêche nullement la constitution des *privilèges* qui sont créés d'office par la loi pour garantir certains créanciers, dont l'action peut atteindre le fonds dotal. Ainsi jugé pour le *privilège du constructeur*, au profit de celui qui a élevé des constructions sur l'immeuble, en ayant soin de conserver son privilège par les procès-verbaux et inscriptions nécessaires (Aix, 10 juill. 1899, D. 1900. 2. 241 ; Cass., 10 févr.

1903, S. 1905. 1. 33); pour le *privilège du vendeur,* en cas de remploi, si le prix d'achat n'est pas payé (Cass., 31 juill. 1900, S. 1901. 1. 385, note de M. A. Tissier) et pour le cas de *licitation* (Riom, 12 juill. 1901, S. 1902. 2. 37).

***1528. Actes restant permis à la femme.** — Malgré l'inaliénabilité dotale, le droit de propriété de la femme trouve encore à s'exercer sous deux formes différentes :

1° Testament. — La femme peut léguer ses biens dotaux tout aussi bien que ses paraphernaux, parce que l'inaliénabilité n'a lieu que *pendant le mariage* et que le legs est une manière de disposer qui ne produit d'effet qu'à la mort.

2° Partage. — Quand la femme possède comme bien dotal une part indivise avec des tiers, elle peut procéder au partage quoique cet acte ait souvent pour résultat de lui enlever la part qu'elle possédait d'abord ; elle a même qualité pour y procéder sous la forme du partage amiable, si son mari l'y autorise (Cass., 23 juill. 1907, D. 1910. 1. 81). On peut justifier cette solution soit en disant que le partage est une *aliénation nécessaire,* soit plutôt en invoquant le principe de l'*effet déclaratif du partage* (art. 883). La femme n'est pas réputée avoir aliéné sa part, puisque cette part est réputée ne lui avoir jamais appartenu (Montpellier, 7 juill. 1854, D. 55. 2. 166).

La possibilité de procéder au partage produit encore un autre effet remarquable : la part attribuée à la femme se trouve grevée du *privilège du copartageant* (Cass., 18 nov. 1895, D. 96. 1. 16, S. 97. 1. 65).

B. — Sanction de l'inaliénabilité.

1° De l'action en nullité.

****1529. Caractère de la nullité.** — En droit romain, la vente du fonds dotal était *absolument nulle* : le mari restait propriétaire du fonds qu'il avait en fait aliéné et pouvait le revendiquer.

En droit français, *la nullité a changé de nature* : l'aliénation est *simplement annulable* et la loi se borne à ouvrir à la femme une action pour la faire tomber. L'inaliénabilité est considérée comme une simple aggravation de l'incapacité ordinaire des femmes mariées. Par suite la nullité est *relative* ; elle ne peut être demandée que par la femme (art. 1125 et 1560, al. 1); elle peut se couvrir par une *confirmation* (art. 1338) et *se prescrire par dix ans* (art. 1304).

La femme et ses héritiers ayant seuls qualité pour faire révoquer l'aliénation, les tiers auxquels cet acte porterait préjudice, ne sont pas admis à l'attaquer (Cass., 13 avril 1893, D. 84. 1. 407, S. 95. 1. 218. — Comp. Pau, 16 janvier 1888, D. 89. 2. 212). Cette jurisprudence n'est que l'application du droit commun. — La femme peut, en outre, céder son action en

nullité à un *nouvel acquéreur* de son fonds dotal, qui agira lui-même contre l'acquéreur précédent dont le titre est annulable (Cass., 6 juill. 1909, D. 1911. 1. 81).

L'acquéreur du fonds dotal, qui s'aperçoit de la nullité de l'acquisition qu'il a faite, et qui n'a pas le droit de la critiquer, a seulement le droit de *retenir son prix*, s'il ne l'a pas encore payé (art. 1653).

1530. Existences d'autres causes de nullité.— Ce qui vient d'être dit suppose que l'aliénabilité dotale est la seule cause de nullité qui menace la vente, c'est-à-dire que l'immeuble a été vendu *par la femme régulièrement autorisée*. En pareil cas, si la vente est nulle, c'est uniquement parce que le bien vendu est dotal ; elle serait valable, s'il s'agissait d'un paraphernal. Or il peut arriver qu'une autre cause de nullité vienne se joindre à celle-là, et il y a lieu d'expliquer en quelques mots ce qui se passerait alors.

Défaut d'autorisation. — Si la femme a vendu son bien dotal sans autorisation, il y a deux causes de nullité au lieu d'une, mais toutes les deux ne produisent qu'une *nullité relative*. La nature de la nullité n'est donc pas changée. Il y a toutefois cette différence que la venderesse est alors non seulement *incapable d'aliéner*, mais aussi *incapable de s'obliger* ; par conséquent l'acte est nul non seulement comme *translatif de propriété*, mais aussi comme *productif d'obligations* : les engagements personnels pris par la femme dans cette vente sont annulables sur sa demande, effet qui ne se produirait pas si elle avait été régulièrement autorisée.

Vente faite par le mari. — Ce second cas de nullité est bien différent du précédent. Lorsque l'immeuble a été vendu par le mari agissant seul, le défaut de propriété en la personne du vendeur a un effet beaucoup plus grave : à l'égard de la femme la vente est frappée d'une *nullité radicale*, et au lieu d'être réduite à une action personnelle en nullité, la femme possède *l'action en revendication*. En effet il s'est passé de deux choses l'une :

1° *Le mari a vendu l'immeuble comme lui appartenant*. Cette hypothèse paraît peu pratique, à cause des titres qui établissent l'origine de la propriété ; cependant le fait s'est vu (Grenoble, 10 mai 1892, D. 92. 2. 518). En ce cas l'art. 1599 s'applique : la vente pourra être annulée sur la demande de l'acheteur, et l'acte n'est pas opposable à la femme, qui est libre de revendiquer.

2° *Le mari a présenté l'immeuble comme appartenant à sa femme*. En ce cas c'est un mandataire qui a dépassé ses pouvoirs : il pouvait administrer et non aliéner. La femme n'est donc pas tenue de respecter l'aliénation, mais le tiers qui a acheté n'a pas d'action en nullité, car il a accepté la situation en consentant à traiter avec le mari.

En résumé quand la vente est faite par le mari, la nullité purement rela-

tive qui résulte de l'aliénabilité disparait comme absorbée dans un vice plus radical.

Pour étudier les effets de l'inaliénabilité dotale, on doit raisonner sur l'hypothèse *pure* et écarter tout alliage avec les causes de nullité étrangères au régime de la dot. Nous supposerons donc que la femme a vendu elle-même avec l'autorisation de son mari ou de justice.

***1531. Option de la femme.** — La femme n'est presque jamais réduite à l'*action dirigée contre le tiers* ; ordinairement elle a vendu avec l'autorisation du mari, ou bien celui-ci a touché le prix, quand c'est le tribunal qui a autorisé la vente : elle posséde donc en outre une *action contre son mari,* tendant à la restitution du prix, et cette action est garantie par l'hypothèque légale. Elle a ainsi une option : elle peut faire révoquer la vente et reprendre son bien, ou réclamer le prix à son mari en laissant l'acquéreur tranquille.

Cette option a jadis été contestée, parce que l'art. 1560 n'en parle pas ; mais l'action contre le mari résulte du droit commun et le silence des textes ne peut avoir pour effet d'en priver la femme (Cass., 21 déc. 1853, D. 54. 1. 5, S. 54. 1. 11 ; Cass., 2 mai 1855, D. 55. 1. 231, S. 55. 1. 420).

***1532. Exercice de l'action en nullité par le mari.** — Tant que le mari conserve l'administration de la dot, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens, c'est à lui seul qu'appartient l'exercice de l'action en nullité (art. 1560, al. 1 et 2 cbnés). La femme ne peut l'avoir que quand le mariage est dissous ou la séparation prononcée (Cass., 30 mars 1874, D. 74. 1. 417. Comp. la note sous Paris, 9 nov. 1903, D. 1903. 2. 456).

Mais le mari n'est qu'un mandataire de la femme ; il agit pour le compte de celle-ci et ce n'est pas lui qui profite du jugement. Aussi l'action ne peut-elle pas être exercée de son chef par ses créanciers, ni après sa mort par ses héritiers.

1533. Exercice de l'action par les créanciers de la femme. — Y a-t-il lieu d'autoriser les créanciers de la femme à agir de son chef en vertu de l'art. 1166 ? Nous devons supposer que la femme a des créanciers qui auraient le droit de saisir son immeuble dotal, s'il n'avait pas été aliéné par elle ; cela peut arriver, par exemple si la dette de la femme est antérieure au mariage ou si elle est née d'un délit, ou encore pour ceux qui traitent avec la femme après la dissolution du mariage. Cette question est, en général, fort mal comprise[1] ; on attribue à la jurisprudence une opinion qui n'est pas la sienne, parce qu'on cite de confiance d'anciens arrêts qui ont été mal interprétés, ou qui n'ont pas trait à la question[2].

[1] Voyez, par exemple, les notes du *Dalloz* (1902. 2. 285 et 1912. 2. 214, notes 4 et 5), où il est dit — mais à tort — que la jurisprudence semble « à peu près fixée » pour interdire aux créanciers l'exercice de ce droit, qu'elle considérerait « comme personnel à la femme ». Dans mes précédentes éditions j'avais moi-même émis la même opinion, que j'ai reconnue depuis être une inexactitude.

[2] Il faut éliminer du débat les arrêts suivants :

Aix, 3 janv. 1883, (D. 83. 2. 206), qui tranche une question fort différente sur l'effet

Une seule cour s'est prononcée nettement contre les créanciers, c'est la cour de Paris (28 mars 1901, D. 1902. 2. 284 ; 3 nov. 1909, D. 1912. 2. 214), qui considère l'action en nullité de l'art. 1560 comme exclusivement attaché à la personne de la femme ou de ses héritiers ; mais sa jurisprudence sur ce point est contredite par d'autres cours (Bordeaux, 26 nov. 1889, D. 1902. 2. 284, S. 91. 2. 233). Quant à la Cour de Cassation, on lui prête à tort l'idée de refuser aux créanciers chirographaires l'exercice de l'action en nullité ; elle a statué uniquement sur le cas d'un créancier *qui n'avait pas action sur la dot* (Cass., 18 juill. 1859, D. 59. 1. 398, S. 60. 1. 432) ; tel est le seul motif qu'elle a donné, ce qui laisse croire qu'il en eût été autrement si la dot avait été exposée aux poursuites de ce créancier. Elle a même reconnu aux créanciers hypothécaires un droit propre, indépendant de celui de la femme (Cass., 27 mai 1851, D. 51. 1. 418). Rappelons enfin qu'elle a jugé, à propos de la femme commune en biens, que l'action en nullité ne lui était pas personnelle et pouvait être exercée de son chef par ses créanciers (Cass., 10 mai 1853, D. 53. 1. 160, S. 53. 1. 572) ; or il n'y a aucune raison de distinguer à cet égard entre les régimes.

La doctrine a émis sur cette question des systèmes variés ; mais la majorité des auteurs récents décident que l'action en nullité ne doit pas être considérée comme exclusivement attachée à la personne de la femme, même sous le régime dotal (Larombière, sur l'art. 1166, n° 12 ; Demolombe, t. XXV, n° 87 ; Tessier, *De la dot*, t. II, p. 86 ; Benech, *De l'emploi... sous le régime dotal*, n° 164). Pour plus de détails, voyez la note du *Dalloz*, 1902. 2. 285.

2° Situation de l'acquéreur.

***1534. Impossibilité d'opposer l'exception de garantie.** — En général, l'acquéreur poursuivi par la femme ou en son nom ne peut pas se défendre en opposant à l'action dirigée contre lui la maxime « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* ». Il ne lui est pas possible d'opposer cette exception à la femme, quand bien même elle se serait portée formellement garante de la vente, parce que la femme, protégée par la dotalité, n'a pu en aucune manière se priver de la protection que lui accordait la loi. Il ne peut pas d'avantage opposer cette exception au mari exerçant l'action, parce que le mari n'agit pas alors en son propre nom et que c'est toujours la femme qui est réputée poursuivre le tiers (Pau, 5 mars 1859, D. 59. 2. 404).

Cependant, par dérogation à cette règle, le tiers repousserait victorieusement l'action, au cas où le mari se trouverait personnellement garant de la vente, et où la femme aurait plus tard accepté purement et simplement sa succession.

1535. Refus du droit de rétention. — Quand il est condamné,

d'une clause du contrat de mariage autorisant exceptionnellement la femme à hypothéquer ses biens dotaux ;

Cass., 25 avril 1831 (S. 32. 1. 623), qui décide simplement que l'*acquéreur du fonds dotal* ne peut invoquer l'incapacité de la femme pour faire annuler son acquisition, ce qui est une vérité évidente, en vertu de l'al. 2 de l'art. 1125 ;

Cass., 13 avril 1893 (D. 94. 1. 407), qui refuse à un *créancier du mari*, qui n'était nullement créancier ni ayant cause de la femme, le droit de critiquer une subrogation à l'hypothèque légale inaliénable de la femme ; consentie par celle-ci à un autre créancier du mari. Toutes ces décisions sont très exactes, mais ne touchent en aucune façon à la question étudiée au n° 1533 ci-dessus.

l'acquéreur est tenu de restituer l'immeuble immédiatement ; il ne peut opposer à la femme ou à ses représentants aucun droit de rétention, ni pour la restitution du prix, ni pour le remboursement de ses impenses (Cass., 4 juill. 1849, D. 49. 1. 330, S. 50. 1. 283).

*1536. **Recours en garantie.** — S'il ne lui est pas permis d'empêcher l'action d'aboutir, l'acquéreur est tout au moins autorisé, une fois évincé, à exercer un recours en garantie contre les époux.

Recours contre le mari. — Si c'est lui qui a autorisé la vente, le mari s'en trouve *garant*. Il a bien pu évincer l'acquéreur en agissant *au nom de sa femme*, mais il est *en son propre nom* tenu de payer une *indemnité* s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal (art. 1560, al. 2)[1]. Au cas où une déclaration expresse de dotalité le déchargerait de toute espèce de responsabilité personnelle, il resterait encore tenu de *restituer le prix*, parce qu'il le détient sans cause.

Recours contre la femme. — Il ne peut être question de poursuivre la femme sur ses biens dotaux, qui sont inaliénables et comme tels soustraits à l'action des créanciers ; mais la femme peut avoir des paraphernaux sur lesquels un recours utile est concevable. *La femme dotale n'est pas plus incapable qu'une autre de s'obliger*, seulement les obligations qu'elle contracte pendant le mariage ne peuvent pas *s'exécuter sur sa dot* ; mais ses biens paraphernaux, les biens qu'elle acquerra après la dissolution du mariage, ainsi que les biens de ses héritiers purs et simples, serviront de gage à ses créanciers. On doit donc se demander si le tiers acquéreur évincé ne possède pas un recours en garantie contre la femme, sauf à se contenter de ses paraphernaux. A première vue on peut en douter, puisque la femme a fait annuler la vente par application de l'art. 1554 ; il semble bien qu'aucune obligation ne puisse plus subsister à sa charge. Cependant il faut remarquer que l'annulation de la vente est prononcée pour permettre à la femme de reprendre *son bien dotal* et non pour lui permettre de se dégager de toutes sortes d'obligations ; la dotalité ne doit pas avoir pour conséquence indirecte de protéger *la fortune paraphernale de la femme*.

La jurisprudence admet bien cette idée, mais seulement d'une manière incomplète : pour que la femme puisse être obligée comme garante et tenue de dommages-intérêts sur ses paraphernaux, malgré la nullité de la vente, il faut qu'elle se soit formellement engagée à la garantie, par une clause spéciale du contrat (Cass., 23 juin 1846, D. 46. 1. 332, S. 46. 1. 865 ; Cass., 4 juin 1851, D. 51. 1. 193, S, 51. 1. 465).

Cependant si l'acquéreur pouvait prouver que le prix payé par lui a

[1] Cette obligation du mari se transmet à sa femme au cas où elle devient son héritière (Cass., 8 févr. 1905, D. 1907. 1. 17).

tourné au profit de la femme, il pourrait le répéter, alors même que le contrat n'aurait pas fait naître d'obligations de garantie.

En somme on voit que l'inaliénabilité est assez loin de signifier l'irresponsabilité absolue de la femme.

3° Extinction de l'action en nullité.

a. — *Confirmation.*

***1537. Application du droit commun.** — La nullité de l'aliénation est susceptible de se couvrir par une confirmation consentie par la femme, mais cette confirmation n'est possible qu'après que le vice a cessé, conformément aux principes généraux. Or l'inaliénabilité ne prend fin qu'à la dissolution du mariage ; la séparation de biens ne la fait pas disparaître. C'est donc seulement *quand le mariage sera dissous* que l'aliénation pourra être confirmée (Limoges, 29 janv. 1879, D. 80. 2. 255, S. 79, 2. 232 ; Cass., 21 mars 1904, D. 1906. 1. 317).

La confirmation produit son effet ordinaire : elle consolide le droit de propriété de l'acquéreur, dont le titre devient inattaquable, *avec effet rétroactif*, et elle donne à la femme le droit de réclamer le prix à l'acquéreur, s'il ne l'a pas encore payé, ou à son mari, si celui-ci l'a touché sans en avoir fait emploi. Dans ce dernier cas, la femme a son hypothèque légale sur les biens de son mari, à la date de l'aliénation (art. 2135).

b. — *Prescription.*

***1538. Question relative à la prescription.** — Comme toutes les actions en nullité, l'action qui appartient à la femme se prescrit par dix ans, en vertu de l'art. 1304. Une grave difficulté s'est élevée pour fixer le point de départ de la prescription. On sait que la prescription contre les femmes mariées court d'une manière générale à partir de la dissolution du mariage (art. 1304) ; l'art. 1560 fait ici l'application de cette règle, en disant que la femme ou ses héritiers peuvent faire révoquer l'aliénation « sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription *pendant le mariage* ». D'après ce texte la solution n'est pas douteuse ; l'action ne commence à se prescrire qu'à la dissolution du mariage. Mais tout aussitôt vient l'art. 1561 qui déclare les immeubles dotaux *prescriptibles à partir de la séparation de biens*, ce qui fait que la prescription peut courir même pendant le mariage, dès que les époux sont séparés. Auquel de ces deux textes faut-il donner la préférence ? Le point de départ de la prescription sera-t-il le jour de la séparation de biens, ou seulement le jour de la dissolution du mariage ? C'est une question qui sera examinée à propos de la séparation de biens (ci-dessous, n° 1633.

§ 5. — *De l'imprescriptibilité des immeubles dotaux.*

***1539. Sa raison d'être.** — L'immeuble dotal étant inaliénable, on devait par voie de conséquence le considérer comme imprescriptible. Le laisser sujet à la prescription, c'est ouvrir à la femme un moyen indirect de se dépouiller avec le temps de sa propriété. On a donc déclaré le fonds dotal *imprescriptible* (art. 1561), de façon que la propriété n'en peut pas être enlevée à la femme par une *usucapion* accomplie au profit d'un tiers, pas plus que par une *aliénation*.

1540. Observation. — Il ne sera question ici que de la *prescription acquisitive*, la difficulté annoncée ci-dessus (n° 1538) qui concerne la prescription extinctive de l'action en nullité, devant être étudiée à part (ci-dessous, n°s 1633 et suiv.).

1541. Prescriptions suspendues par la loi. — L'art. 1561 suspend au profit de la femme les prescriptions suivantes :

1° Usurpation de la propriété. — Les tiers détenteurs de biens dotaux n'en peuvent pas acquérir la propriété ni par la prescription abrégée de dix à vingt ans, au cas où ils ont un titre émanant d'un non-propriétaire, ni par la prescription de trente ans, au cas où ils se sont mis en possession sans titre ou lorsqu'ils sont de mauvaise foi.

2° Acquisition de servitudes. — Aucune servitude ne peut être acquise au profit d'un tiers par prescription, leur établissement par ce moyen supposant toujours la prescriptibilité du fonds.

3° Perte de servitudes par non-usage. — Si le bien dotal possède des servitudes actives sur le fonds voisin, ces servitudes sont également imprescriptibles en ce sens que la dotalité en empêche l'extinction par le non-usage.

1542. Exceptions. — Il y a cependant des cas où la prescription est possible au sujet d'un fonds dotal.

1° Immeubles déclarés aliénables par le contrat de mariage. — Quand l'immeuble peut être aliéné, le fondement de son imprescriptibilité disparaît : il rentre dans le droit commun. Aussi l'art. 1561 a-t-il soin de dire : « les immeubles dotaux *non déclarés aliénables par contrat de mariage* sont imprescriptibles... » Toutefois cette première exception suppose que l'aliénation de l'immeuble a été permise purement et simplement. S'il y avait quelque restriction à la liberté d'en disposer, par exemple, s'il n'était aliénable qu'à charge de remploi, il resterait imprescriptible, car la condition d'emploi ne serait évidemment pas réalisée dans l'hypothèse d'une prescription (Montpellier, 27 déc. 1855, S. 57. 1. 779).

2° Prescription commencée avant le mariage. — A cet égard le texte est formel : l'immeuble est prescriptible quand la prescription a commencé avant le mariage (art. 1561, al. 1). En d'autres termes, quand la prise de posses-

sion est antérieure au mariage la prescription continue à courir malgré la dotalité qui vient frapper l'immeuble.

On s'est demandé ce qui arriverait si une possession avait commencé avant le mariage dans des conditions telles que la prescription se soit trouvée suspendue dès le premier jour par la minorité de la femme. La prescription sera-t-elle réputée « commencée avant le mariage », de façon à courir lorsque la femme aura atteint sa majorité ? Duranton et Odier l'ont jadis contesté, mais ils s'exagéraient l'effet de la suspension de prescription, qui n'en recule pas le point de départ et empêche seulement de tenir compte du temps couru en fait. En ce sens Grenoble, 6 déc. 1842, S. 43. 2. 290; Aubry et Rau, t. V, § 537, note 56.

3° Effet de la séparation de biens. — La séparation de biens a pour effet de rendre la dot *prescriptible entre les mains de la femme*. La portée et les motifs de cette dernière exception seront indiqués plus loin à propos de la séparation de biens.

1543. Observation. — Dans les trois cas exceptionnels où la prescription court à compter de la séparation, cet effet ne se produit qu'autant qu'il n'existe pour elle aucune autre cause de suspension.

§ 6. — *Exceptions au principe d'inaliénabilité.*

***1544. Division.** — Les cas dans lesquels l'immeuble dotal peut être aliéné sont assez nombreux. Tantôt ce sont les parties elles-mêmes qui, dans leur contrat de mariage, réservent la faculté d'en disposer plus ou moins librement. Tantôt c'est la loi qui autorise l'aliénation dans des cas qu'elle détermine. Les exceptions à la règle d'inaliénabilité sont donc *conventionnelles* ou *légales*.

A. — Cas où l'aliénation est autorisée par le contrat de mariage.

1° Clauses dérogatoires à la règle.

***1545. Leur fréquence.** — Ces conventions sont très fréquentes, et leur vogue s'explique par leur très grande utilité : elles apportent un tempérament précieux au régime dotal en l'assouplissant.

On a signalé, à ce point de vue, une opposition entre les tendances de la pratique et celles de la jurisprudence en matière dotale : tandis que la jurisprudence a étendu et renforcé l'inaliénabilité et qu'elle a exagéré les pouvoirs du mari sur la dot mobilière, la pratique a tendu à restreindre les pouvoirs du mari et à assouplir l'inaliénabilité. Elle a atteint ce double but par les clauses d'aliénation à charge de remploi appliquées indistinctement aux meubles et aux immeubles.

****1546. Liberté des conventions.** — L'inaliénabilité de la dot n'est pas de l'essence du régime dotal. La loi permet donc de l'écarter (art. 1557).

Cet article ne parle que de l'*aliénation*. Les époux peuvent-ils également se réserver la faculté d'*hypothéquer* les biens dotaux ? On leur a jadis con-

testé ce droit en rapprochant l'art. 1554, qui formule une interdiction expresse pour l'hypothèque, et l'art. 1557 qui n'y déroge pas (voyez la note sous Cass., 16 août 1837, D. 37. 1. 401, S. 37. 1. 800). Mais le principe de la liberté des conventions matrimoniales a fait passer outre à l'objection ; on ne peut qu'être favorable à des clauses qui diminuent le caractère exorbitant du régime dotal et les dangers qui en dérivent (Cass., 7 juill. 1840, D. 40. 1. 223, S. 40. 1. 796 ; Cass., 13 déc. 1853, D. 54. 1. 329, S. 54. 1. 17; Cass., 18 nov. 1862, D. 62. 1. 476, S. 63. 1. 5).

*1547. **Interprétation restrictive.** — Toute clause du contrat de mariage qui restitue aux époux la faculté d'aliéner les biens dotaux constitue une dérogation au principe de l'art. 1554 et doit s'interpréter restrictivement. La jurisprudence a eu l'occasion de rendre toute une série d'arrêts relatifs à l'interprétation de ces clauses.

RÉSERVE DU DROIT D'ALIÉNER. — Quand les époux se sont réservé la faculté d'aliéner les immeubles dotaux, cette réserve s'entend seulement de *l'aliénation* proprement dite : il ne leur est pas permis de les *hypothéquer* (Cass., 25 janv. 1830, D. 30. 1. 32, S. 30. 1. 68, S. chr. 9. 1. 436 ; Cass., Chambres réunies, 29 mai 1839, D. 39. 1. 219, S. 39. 1. 449 ; Cass., 1er déc. 1868, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 225, note 1, S. 69. 1. 59) ; ni même de les engager par voie de *vente à réméré* (Cass., 31 janv. 1837, D. 37. 1. 106, S. 37. 1. 190). Voyez cependant Cass., 19 mars 1861, D. 61. 1. 429, S. 62. 1. 198. Mais la jurisprudence est restée incertaine sur la question de savoir si la femme peut alors *compromettre* sur les causes relatives à ses biens dotaux: voyez dans le sens de l'affirmative Grenoble, 12 févr. 1846, D. 46. 2. 237, S. 46. 2. 519, et dans le sens de la négative, Lyon, 20 août 1828, D. 28. 2. 212, S. 29. 2. 68, S. chr. 9. 2. 140.

Même restriction pour la clause qui permet à la femme de *vendre* : on n'autorise pas la femme à *échanger* son immeuble (Toulouse, 7 févr. 1832, D. 33. 2. 36, S. 33. 2. 464 ; Lyon, 9 juill. 1861, S. 62. 2. 15). Mais la faculté générale d'aliéner s'entend de l'échange aussi bien que de la vente (Cass., 25 avril 1831, D. 32. 1. 54, S. 82. 1. 623).

RÉSERVE DU DROIT D'HYPOTHÉQUER. — Le contrat qui autorise la femme à hypothéquer ses biens dotaux ne lui permet pas de renoncer à l'hypothèque qui garantit ses reprises dotales ou d'y subroger un tiers (Riom, 22 déc. 1846, D. 47. 2. 105, S. 47. 2. 195 ; Cass., 16 déc. 1856, D. 56. 1. 433, S. 57. 1. 582 ; Cass., 17 déc. 1866, D. 67. 1. 24, S. 67. 1. 114).

De plus la possibilité d'hypothéquer ne produit pas d'effet à l'égard des créanciers ; elle ne détruit pas pour eux les effets de l'inaliénabilité, et tous ceux au profit desquels la femme ne constitue pas une hypothèque, ne peuvent pas saisir (Cass., 3 avril 1849, D. 49. 1. 124, S. 49. 1. 385 ; Bordeaux, 22 déc. 1857, S. 58. 2. 529).

— Il semble que le notariat, éclairé par ces nombreux arrêts, ait adopté des formules plus explicites, qui réservent aux époux toute la liberté d'action qu'ils s'attendent naturellement à trouver dans de pareilles clauses, car il y a peu de décisions récentes sur ces questions. Voyez Cass., 13 déc. 1853, D. 54. 1. 329, S. 54. 1. 17; Cass., 1er août 1866, D. 66. 1. 446, S. 66. 1, 363. Le principe une fois établi par la jurisprudence, il ne peut plus se présenter que des difficultés d'interprétation. Voyez par exemple Caen, 1er avril 1876, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 226, note 1, S. 76. 2. 291.

Parfois les époux limitent le genre d'aliénations qu'ils se réservent de faire, par exemple une donation-partage au profit des enfants (Rouen, 23 janv. 1901, D. 1902. 2. 409) ou seulement les aliénations à titre onéreux (Cass., 14 févr. 1893, D. 93. 1. 261).

2° Conditions de validité de l'aliénation.

***1548. Possibilité d'autoriser l'acte sans condition.** — Quand ils se réservent la faculté d'aliéner ou la faculté d'hypothéquer, les époux peuvent s'assurer une entière liberté d'action et ne subordonner la validité de leurs opérations à l'accomplissement d'aucune formalité. Cette possibilité est surtout intéressante à constater en ce qui concerne les constitutions d'hypothèques. Ordinairement les époux conviennent que l'*aliénation de l'immeuble* ne pourra se faire qu'à charge de remploi, tandis qu'ils se réservent la faculté d'hypothéquer sans aucune condition. L'hypothèque est alors valablement constituée sans que les fonds empruntés reçoivent aucune destination déterminée; cela diminue les garanties du régime dotal, presque jusqu'à les anéantir, mais la jurisprudence l'admet (Cass., 3 févr. 1891, D. 92. 1. 28, S. 91. 1. 247).

1549. Possibilité de conférer au mari le pouvoir d'aliéner. — On rencontre des contrats de mariage dans lesquels le pouvoir d'aliéner, avec pleine liberté, est donné au mari; il y a alors non seulement *dérogation au principe d'inaliénabilité*, mais *mandat conféré au mari*: la fortune entière de la femme se trouve à la disposition du mari, à peu près comme au cas de communauté universelle ou d'ameublissement général. Une telle clause est valable; elle ressuscite le régime de la dot antérieur à Auguste (Cass., 14 févr. 1893, D. 93. 1. 261, S. 93. 1. 350).

***1550. De la condition de remploi.** — La plupart des contrats de mariage, en autorisant l'aliénation du fonds dotal, y mettent comme condition qu'il sera fait *remploi du prix*. C'est la forme usuelle de ces clauses. En ce cas l'aliénation n'est valable qu'à la condition d'avoir été suivie de remploi et d'un remploi régulier. Les frais sont payés par la femme sur ses paraphernaux ou prélevés sur la somme à remployer (Cass., 16 nov. 1859, D. 59. 1. 490, S. 60. 1. 241).

Sous le régime dotal le remploi est soumis en principe aux mêmes règles que sous la communauté, notamment à la nécessité de la double déclaration exigée par les art. 1434 et 1435 (ci-dessus, nos 951 et suiv.). Il doit être fait en immeubles, afin de donner à la femme un bien de même nature que celui qu'elle aliène, sauf l'effet des lois du 2 juillet 1862 (art. 46) et du 16 septembre 1871 (art. 29) qui autorisent les remplois en rentes sur l'État, et sauf aussi l'effet des clauses du contrat de mariage, qui prévoit presque

toujours le cas de remploi et dit en quels biens ou valeurs il devra et pourra être fait[1].

Néanmoins, à cause du caractère spécial de la dot, le remploi du régime dotal suit quelques règles à lui propres. Voyez les n°s 1553 et suivants.

*1551. **Époque du remploi.** — Le remploi ne peut plus être fait après la dissolution du mariage, parce qu'il ne pourrait plus à cette époque faire acquérir à un bien nouveau le caractère dotal et inaliénable (Cass., 17 déc. 1855, D. 56. 1. 174, S. 56. 1. 201 ; Cass., 2 mai 1859, D. 59. 1. 275, S. 59. 1. 293). Mais il serait encore temps d'y procéder après la séparation de biens, car la dot subsiste, bien que restituée à la femme, et de nouveaux biens peuvent y entrer (Bordeaux, 21 août 1848, D. 49. 2. 40, S. 48. 2. 721 ; Caen, 30 avril 1849, D. 52. 2. 194, S. 52. 2. 177. — Voyez cependant Toulouse, 14 juill. 1852, D. 53. 2. 11, S. 52. 2. 636).

Sur le danger du remploi par anticipation sous le régime dotal, voyez la note de M. Le Courtois, sous Cass., 12 avril 1910, P. et S. 1912. 1. 401.

1552. **Effet du remploi. — L'immeuble acquis en remploi est dotal comme le premier, et comme lui aliénable sous condition de remploi (Cass., 9 mars 1870, D. 72. 1. 85, S. 70. 1. 285). S'il vaut plus que l'ancien, il ne devient dotal que jusqu'à concurrence du prix à remployer ; autrement, les époux pourraient augmenter indéfiniment la dot aux dépens des paraphernaux, par des remplois successifs (Montpellier, 24 janv. 1895, D. 95. 2. 434 ; Trib. Grenoble, 7 mars 1895, D. 96. 2. 348).

En tous cas, si le prix d'acquisition du nouvel immeuble n'est pas intégralement payé, son caractère dotal ne l'empêche pas d'être grevé du privilège du vendeur ou, à l'occasion, du privilège du copartageant, s'il a été acheté par la femme sur licitation, et le créancier du prix a le droit de le saisir et de se faire payer par préférence à la femme par le tiers adjudicataire pour tout ce qui lui reste dû (Aix, 20 janv. 1894, D. 94. 2. 286, S. 94. 2. 72 ; Montpellier, 24 janv. 1895, D. 95. 2. 434).

3° Conséquence du défaut de remploi.

1553. **Nullité de l'aliénation. — A défaut de remploi, l'aliénation peut être annulée sur la demande de la femme : la condition de laquelle dépendait sa validité n'a pas été accomplie et l'action en nullité est ouverte. Ici se remarque une des différences du régime dotal et de la communauté : le remploi est, *de plein droit, obligatoire pour les tiers,* qui sont tenus d'en surveiller l'accomplissement, s'ils ne veulent pas s'exposer au recours de la femme.

[1] Le remploi suppose l'*acquisition d'un bien nouveau* en échange de celui qui a été aliéné. Par conséquent la femme dotale, en sa qualité d'incapable, ne serait pas libre d'accepter un placement quelconque. Ainsi ne constitue pas un remploi utile *l'extinction des dettes de la femme* au moyen du prix (Pau, 5 mars 1859, S. 59. 2. 404. — Voyez cependant Caen, 2 févr. 1851, D. 52. 2. 234, S. 52. 2. 440), ni même un *placement sur hypothèque* (Caen, 2 août 1851, D. 52. 2. 226, S. 52. 2. 177 et 182), ni enfin l'*acquisition d'une rente viagère,* qui ne fait acquérir à la femme aucun fonds (Cass., 23 juin 1846, D. 46. 1. 332, S. 46. 1. 865. — Voyez cependant Caen, 17 juill. 1845, S. 48. 2. 134).

Au défaut de remploi il faut assimiler le cas d'un remploi irrégulier ou soumis à éviction à cause de l'existence d'hypothèques sur l'immeuble acheté (Limoges, 14 janv. 1862, D. 62. 2. 27, S. 62. 2. 344; Cass., 3 avril 1883, D. 84. 1. 23, S. 84. 1. 285).

La Cour de Grenoble a jugé que l'action en nullité ne pouvait pas être intentée par le mari pendant le mariage (Grenoble, 28 juill. 1865, D. 65. 2. 205, S. 66. 2. 137). Elle en donne pour raison que le mari, qui est chargé de faire le remploi, est en faute de n'y avoir pas procédé et ne peut se prévaloir de sa négligence pour forcer le tiers à payer une seconde fois ou à restituer l'immeuble. Mais la Cour oublie que le mari agit en nullité *comme représentant de sa femme,* et que celle-ci a intérêt à agir ; son mari doit donc pouvoir le faire en son nom (comp. les observations de M. Labbé, dans le *Sirey*).

En tout cas l'action en nullité est très certainement ouverte à la femme après la séparation de biens, et à plus forte raison après la dissolution du mariage.

Au lieu de demander la nullité, il semble que la femme pourrait aussi demander *un second paiement du prix,* car l'acquéreur a mal payé et ne s'est pas libéré en versant l'argent sans s'assurer du remploi (Cass., 3 déc. 1888, D. 90. 1. 71, S. 89. 1. 121).

* **1554. Action de la femme contre le mari.**— La femme n'est pas obligée d'agir en nullité contre le tiers acquéreur. De même qu'au cas d'aliénation nulle à raison de l'inaliénabilité du bien, elle peut aussi exercer un recours contre son mari (comp. ci-dessus, n° 1531). Et même ce recours peut avoir un double objet : 1° elle peut, pendant le mariage, demander que le remploi soit fait (Cass., 20 déc. 1852, D. 53. 1. 120, S. 53. 1. 151) ; 2° elle peut exiger du mari, après la dissolution du mariage, *le remboursement du prix,* auquel cas elle ratifie l'aliénation.

1555. Droits de l'acquéreur. — En présence du danger qui le menace, si le remploi n'est pas fait, l'acquéreur est nécessairement autorisé à en surveiller l'accomplissement. Pour cela il a le droit de *retenir son prix,* tant qu'on ne lui justifie pas d'un remploi utile et à l'abri de toute chance d'éviction (Bordeaux, 1er déc. 1847, D. 49. 5. 340, S, 48. 2. 384). Mais il n'a pas à s'inquiéter de l'avenir ni des fautes que le mari commettra plus tard et qui pourront faire perdre à la femme le bénéfice du remploi, si ce remploi était bon et valable à l'origine (Cass., 2 août 1853, D. 54. 1. 353, S. 55. 1. 209).

Dans beaucoup de contrats de mariage, il est dit que les acquéreurs des biens dotaux ne seront valablement libérés de leur prix qu'en versant directement les fonds entre les mains des vendeurs des biens ou valeurs achetés en remploi. De la sorte les fonds ne passent pas par les mains du mari, l'opération est simplifiée et la sécurité de la femme à peu près complète.

Une déclaration mensongère, émanée des époux et constatant que le remploi a été fait, alors qu'il n'a pas eu lieu, ne suffit pas à couvrir la responsabilité du tiers : il n'est à l'abri que par l'existence d'un remploi effectif (Riom, 19 mai 1891, D. 92. 2. 537).

1556. Responsabilité du notaire. — Enfin quand le tiers acquéreur et son mari sont insolvables, et que sa dot est perdue, la femme possède encore une ressource : c'est la responsabilité du notaire. Depuis un arrêt de 1891, qu'on considère comme un arrêt de principe, la jurisprudence admet que, toutes les fois qu'un officier public intervient dans les opérations touchant à l'aliénation de la dot, le rôle du mari passe au second plan et c'est sur l'officier public que pèse principalement l'obligation de surveillance (Cass., 7 juill. 1891, D. 92. 1. 185, S. 94. 1. 458). Cet arrêt est relatif à la responsabilité des agents de change chargés de négocier des valeurs mobilières dotales ; mais le principe de responsabilité s'étend par analogie aux notaires (Paris, 15 mars 1895, D. 96. 2. 145, et la note ; Paris, 13 janv. 1899, D. 99. 2. 323 ; Cass., 16 févr. 1910, D. 1912. 1. 183). Cette jurisprudence qui rend le notaire responsable du remploi a été critiquée comme abusive (Robert Deshayes, thèse, Paris, 1905, p. 68-70).

1557. Clauses modifiant la responsabilité des tiers. — Grâce à la liberté des conventions, on trouve très souvent dans les contrats de mariage des clauses qui modifient la situation des tiers en matière de remploi. On stipule souvent que les acquéreurs n'auront pas à s'en préoccuper et ne pourront encourir de ce chef *aucune responsabilité*. Cette clause est valable (Bordeaux, 21 avril 1888, D. 90. 2. 24, S. 90. 2. 154 ; Paris, 11 mars 1892, D. 92. 2. 392). Le remploi devient alors une pure question d'ordre intérieur entre les époux et l'aliénation reste valable malgré l'absence complète de remploi. On peut aussi se borner à *alléger* la responsabilité des tiers *sans la supprimer*, convenir par exemple que l'acquéreur sera tenu de vérifier *l'existence* du remploi, sans être garant de sa valeur ou de son *utilité* (Cass., 29 janv. 1890, D. 90. 1. 97, S. 93. 1. 471). Comp. ci-dessus, n° 1511.

1558. Recours de l'acquéreur évincé. — Quand il est évincé ou obligé de payer une seconde fois son prix, l'acquéreur a un recours contre le mari, dont la négligence a rendu l'éviction possible. Ce recours est fondé sur les principes généraux, le mari étant tenu de faire le remploi. Tout ceci est très naturel ; voici qui est un peu inattendu : l'acquéreur et le mari, tous deux obligés d'indemniser la femme, sont tenus l'un pour l'autre, et comme c'est le mari qui est le vrai coupable, l'acquéreur n'est en quelque sorte que sa caution. Il en résulte que s'il désintéresse la femme, il est *subrogé dans l'hypothèque légale* que la femme possède sur les biens du mari (Cass., 3 déc. 1888, D. 90 1. 71, S. 89. 1. 121).

4° Dispense de remploi résultant d'une clause spéciale.

1558 *bis*. Faculté d'aliéner avec reconnaissance du prix sur les biens

du mari. — Une clause spéciale est souvent employée dans le Midi, surtout dans la région de Toulouse. Elle consiste à autoriser l'aliénation des immeubles dotaux à la condition que le mari « reconnaîtra le prix provenant de la vente sur tous ses biens », ou encore « sur des biens suffisants et libres d'hypothèques. » Cette « reconnaissance » sur les biens du mari est une espèce d'affectation hypothécaire, en vertu de laquelle le mari devient débiteur de la somme dotale encaissée par lui ; mais ce n'est pas la constitution d'une hypothèque conventionnelle ; la femme n'a que son hypothèque légale elle-même [1]. Dans sa forme normale cette reconnaissance comporte la rédaction d'un acte notarié, dressé avec le concours de la femme et constatant que la fortune immobilière du mari est suffisante pour répondre de la restitution de l'argent touché par lui. A certains égards, elle ressemble à un remploi, mais il n'y a pas remploi véritable puisque la femme ne devient pas propriétaire d'un nouveau bien et reste simplement créancière de son mari.

En réalité, cette clause est une dérogation considérable aux effets naturels de l'inaliénabilité, plus complète même que la faculté d'aliéner à charge de remploi, puisque le mari peut toucher le prix, en disposer librement et qu'il en est simple débiteur envers sa femme, celle-ci possédant pour toute garantie son hypothèque légale [2]. Il est probable qu'elle représente d'anciens usages, remontant aux temps antérieurs au Code civil. Dans quelle mesure la femme se trouve-t-elle alors protégée contre les risques qu'elle court ? Il est certain qu'elle ne peut pas inquiéter l'acquéreur et faire annuler la vente : l'aliénation reste valable, à moins qu'une volonté contraire n'ait été formellement exprimée dans le contrat de mariage. Mais s'ensuit-il que la femme n'ait aucun recours à exercer contre le tiers acquéreur, au cas où la condition de reconnaissance sur les biens du mari n'a pas été remplie ? D'anciens arrêts lui avaient refusé tout recours (Cass., 1er août 1844, S. 45. 1. 71 ; Nîmes, 26 mai 1851, D. 52. 2. 187, S. 52. 2. 117 ; Cass., 9 févr. 1859, D. 59 1. 58, S. 60. 1. 872). Mais il semble plus naturel, par interprétation de la rédaction habituelle de ces clauses, d'admettre que *la validité des paiements* à faire au mari est subordonnée à l'existence de biens libres entre ses mains, suffisants pour en répondre envers sa femme, et, par suite, de décider que la femme, sans pouvoir attaquer l'aliénation, pourrait tout au moins exiger un second paiement, le tiers ayant mal payé la première fois. En ce sens Montpellier, 29 avril 1874, D. 75. 2. 154, qui permet aux tiers de refuser de payer si le mari n'offre pas une garantie hypothécaire suffisante. Mais la nullité est relative, et ne peut être invoquée que par la femme ; une fois qu'il a payé, le tiers ne peut pas demander la nullité du paiement (Cass., 28 janv. 1878, D. 78. 1. 374). On peut, du reste, décharger entièrement le tiers de toute responsabilité (Agen, 2 févr. 1891, D. 91. 2. 331).

La clause de reconnaissance sur les biens du mari se combine quelquefois, dans une formule *alternative*, avec la possibilité de faire un remploi proprement dit, lequel reste alors *facultatif*. (Cass., 7 nov. 1854, D. 55. 1. 26, S. 54. 1. 705 ; Toulouse, 27 mai 1889, D. 90. 2. 208).

Comparez Ch. Monguilan, *Du remploi dotal sous forme de reconnaissance sur les biens du mari*, thèse, Paris, 1908.

B. — Cas où l'aliénation est permise par la loi.

****1559. Actes autorisés par la loi.** — Dans les art. 1555 à 1558, la

[1] Le contraire est cependant possible, et la responsabilité du tiers est à l'abri quand il a obtenu, en fait, sur les biens du mari, une hypothèque spéciale suffisante pour garantir la femme (Grenoble, 22 juin 1910, D. 1911. 2. 371). Dans cette affaire, l'acquéreur du fonds dotal avait pris, en outre, la précaution de se faire subroger dans le privilège du vendeur.

[2] La créance de la femme est considérée comme une représentation de la valeur dotale, légalement suffisante pour lui maintenir une existence juridique distincte, en sorte que, si le prix est remboursé par le mari à sa femme, un remploi est possible et le nouvel immeuble devient dotal ; il suffit qu'on puisse suivre les deniers dotaux dans leurs transformations successives pour constater qu'ils proviennent d'un bien dotal (Trib. de Lodève, 6 avril 1910, D. 1912. 2. 295, P. et S. 1911. 2. 157).

loi autorise l'*aliénation* du fonds dotal, dans certaines hypothèses qu'elle détermine. Ces textes dérogent à l'art. 1554, qui contient le principe de l'inaliénabilité dotale ; ils sont donc *des exceptions à une règle*. Néanmoins il est admis sans contestation que la justice peut autoriser la femme *à emprunter en hypothéquant le fonds dotal*, au lieu de le vendre. On y trouve l'avantage de permettre à la femme de conserver un immeuble auquel elle tient; cela lui est surtout avantageux quand elle a besoin d'une somme moindre que celle qu'elle obtiendrait en le vendant (Cass., 7 juill. 1857, D. 58. 1. 405, S. 57. 1. 734; Limoges, 21 mars 1888, D. 89. 2. 111, S. 89. 2. 166; Cass., 20 oct. 1891, D. 91. 1. 264, S. 91. 1. 62; Cass., 18 juill. 1906, D. 1907. 1. 11). Jurisprudence constante.

Pour la commodité du lecteur il ne sera parlé plus loin que de la vente, sauf indication contraire pour les renseignements qui concernent spécialement la constitution d'une hypothèque.

1560. Distinction. — Dans certains cas la vente peut se faire *avec l'autorisation du mari*, s'il y consent ; dans les autres, il est nécessaire qu'elle soit *autorisée par le tribunal*.

1° Aliénations possibles avec l'autorisation du mari.

***1561. Établissement d'un enfant du premier lit.** — Ce cas est prévu par l'art. 1555. La femme qui a des enfants d'un précédent mariage peut les doter ou les établir en disposant de ses biens dotaux, avec l'autorisation du mari, ou, à son défaut, avec l'autorisation de justice. Mais, si elle se fait autoriser par le tribunal, elle ne peut disposer que de la nue propriété, afin de réserver la jouissance à son mari.

***1562. Établissement d'un enfant commun.** — Lorsqu'il s'agit d'un enfant commun, l'autorisation du mari, s'il refuse de la donner, ne peut être remplacée par celle de la justice (art. 1556). C'est ce qui résulte du silence du texte, qui ne parle que de l'autorisation du mari, et cette différence entre les deux hypothèses était nécessaire, parce que le père exerce alors son droit de puissance paternelle sur ses propres enfants, tandis que dans le cas visé par l'art. 1555, il s'agit d'enfants qui n'appartiennent qu'à la femme, et le refus de son second mari pourrait être injuste.

On admet d'ailleurs que la femme pourrait donner la nue propriété de sa dot avec l'autorisation de la justice, si le mari était *interdit* ou *absent* ; ce n'est qu'en cas de refus du mari, présent et capable, qu'il y a impossibilité de s'adresser au tribunal.

1563. Portée de l'exception. — Le mot « établissement » doit s'entendre ici non seulement de la dot et de l'*établissement par mariage*, mais de tout *établissement professionnel* par lequel l'enfant peut se créer une place dans la société, par exemple de l'achat d'une étude de notaire (Cass., 24 oct. 1892, D. 92. 1. 620, S. 92. 1. 573). Mais la femme ne serait pas autorisée à aliéner sa dot pour faire une donation à des

enfants déjà dotés et mariés (Toulouse, 31 déc. 1883, D. 84. 2. 81, S. 84. 2. 114), non plus que pour les aider à sauver un établissement déjà fondé et qui périclite (Rouen, 23 janv. 1897, D. 99. 2. 139, S. 99. 2. 157). Il faut qu'il s'agisse d'un établissement *nouveau* (comp. Cass., 15 janv. 1906, S. 1906. 1. 354). La femme est autorisée non seulement à *aliéner* sa dot, mais même à *contracter des engagements* exécutoires sur ses biens dotaux (Cass., 23 juin 1880, D. 80. 1. 442, S. 81. 1. 78 ; Limoges, 9 déc. 1889, D. 91. 2. 126). Ce point est cependant contesté par M. Colmet de Santerre, t. VI, n° 228 *bis*-IV. Comp. S. 57. 2. 657.

2° Cas où l'aliénation doit être autorisée par la justice.

1564. Énumération de la loi. — L'art 1558 énumère cinq cas (dont l'un est double, ce qui en fait six) dans lesquels l'aliénation peut être autorisée par la justice, même en dehors de toute convention dans le contrat de mariage, et l'art. 1559 en ajoute un septième. Enfin une loi de 1902 a assimilé la constitution d'une *emphytéose* aux actes d'aliénation. — Bien que cette énumération soit *limitative*, à raison du principe d'inaliénabilité auquel elle déroge, la jurisprudence se montre assez large dans l'interprétation du texte et l'étend plutôt qu'elle ne le restreint [1]. Voyez ce qui est dit à propos des deuxième, troisième, quatrième et cinquième cas.

1° Prison pour dettes. — En parlant de « tirer de prison le mari ou la femme », la loi fait allusion à la *contrainte par corps*. Cet article ne peut donc plus recevoir son application que dans des cas très rares, depuis la loi du 22 juillet 1867. Voyez t. II, n° 190. Il ne servirait pas à acquitter les dettes du mari, s'il s'agissait de le faire échapper à des peines prononcées par le Code pénal, par exemple celles qui atteignent les notaires poursuivis pour faits de charge (Caen, 28 mars 1881, Dalloz, *Suppl.*, t, IV, p. 233, note 1, S. 82. 2. 81).

2° Aliments de la famille. — Le texte (art. 1558, al. 3) renvoie aux art. 203, 205 et 206 qui établissent l'obligation alimentaire entre parents et alliés. On est d'accord pour décider que la même faculté existe quand il s'agit de fournir des aliments aux époux eux-mêmes. Pour le cas où il s'agit d'un enfant naturel, voyez Pau, 18 mai 1863, D. 63. 2. 129, S. 64. 2. 139.

En principe l'autorisation ne doit être accordée que pour faciliter *à l'avenir* l'existence de la famille, et non pour régler des *dettes déjà nées ;* cependant la jurisprudence admet la validité d'autorisations données après coup (Bordeaux, 20 déc. 1889, D. 91. 1. 264). Voyez cependant Rouen, 7 août 1869, D. 71. 2. 47, S. 70. 2. 172. Mais la faculté accordée par l'art. 1558 est personnelle à la femme, et le *fournisseur non payé* ne peut pas obtenir

[1] On a fait remarquer que la jurisprudence, qui se montre très rigoureuse en matière de dotalité quand il s'agit de la soumission au régime dotal et de la détermination des biens dotaux, a développé jusqu'à ses dernières conséquences le principe de l'inaliénabilité. Conformément à cette tendance, elle a donné une interprétation très restrictive des clauses *conventionnelles* d'aliénabilité ; elle a, au contraire, étendu les exceptions apportées *par la loi* au principe d'inaliénabilité, parce que la dot reçoit alors un emploi conforme à sa destination (J. Collin, thèse, p. 228).

de la justice l'autorisation de vendre le bien dotal (Cass., 10 nov. 1897, D. 98. 1. 296, S. 98. 1. 353).

La jurisprudence interprète la loi d'une manière large. Elle autorise des aliénations ou des emprunts, non seulement pour *achats d'aliments*, comme semble le supposer le texte, mais même pour toutes autres opérations qui sont destinées à faire vivre la famille et lui procurer des ressources, en conservant au mari un *établissement industriel* (Cass., 13 mai 1889, S. 89. 1. 429 ; Cass., 3 mars 1896, D. 97. 1. 231) ou un *office* (Montpellier, 2 mars 1858, D. 58. 2. 207, S. 59. 2. 30 ; Rouen, 3 févr. 1886, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 234, note 2); en permettant la transformation ou la mise en culture d'un *domaine rural* (Cass., 2 mai 1898, D. 98. 1. 367, S. 99. 1. 173) ; en évitant une catastrophe *commerciale* (Cass., 4 juill. 1904, D. 1904. 1. 551, S. 1906. 1. 238).

3° Paiement des dettes de la femme. — L'art. 1558 permet à la femme, dûment autorisée par justice, de vendre son bien dotal pour payer ses créanciers lorsque la dette est *antérieure au contrat de mariage*. Sur cette disposition, il y a deux observations à faire :

a) *La loi exige que la date du titre du créancier soit certaine*, mais on admet qu'il n'est pas nécessaire que cette certitude soit établie conformément à l'art. 1328 (Aix, 27 avril 1865, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 236, note 2, S. 66. 2, 63). Voyez cependant Pau, 18 mai 1863, D. 63. 2. 129 ; Guillouard, t. IV, n° 2034. Voyez aussi les observations de Cambacérès (Fenet, t. XIII, p. 596), à la suite desquelles le texte a reçu sa rédaction actuelle (*ibid.*, p. 590 et et 602).

b) Il faut que la dette soit *antérieure au contrat de mariage* ; il n'y aurait pas lieu d'accorder la même facilité pour les dettes contractées dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage (Guillouard, t. VI, n° 2032). Cette opinion est à peu près unanime en doctrine ; elle se trouve cependant rejetée par les arrêts (Caen, 9 juill. 1889, D. 90. 2. 137). Voyez ci-dessous, n° 1599.

4° Paiement des dettes du constituant. — La même facilité est accordée quand la femme veut payer les dettes du constituant *antérieures au contrat de mariage*. Ici le sens des mots n'est pas douteux : il ne saurait être question de payer les créanciers du donateur quand leur titre est postérieur à la donation.

Pour ces créanciers, la possibilité de vendre la dot est beaucoup plus intéressante que pour les créanciers de la femme, car les biens donnés à la femme sont sortis du patrimoine de leur débiteur et ils ne peuvent plus les saisir : si la femme ne vend pas volontairement, ils ne seront pas payés, tandis que la jurisprudence réserve aux créanciers de la femme antérieurs au mariage leur action sur les biens dotaux. — Le texte ne faisant pas de dis-

tinction, on décide que la dot peut être vendue même pour désintéresser des créanciers qui auraient perdu toute action sur les biens donnés à la femme, par exemple parce qu'ils n'ont pas d'hypothèque et que la dot n'est pas constituée en fraude de leurs droits.

La jurisprudence étend la disposition de la loi, qui ne parle que des dettes du constituant, pour l'appliquer également aux dettes qui grèvent les successions échues à la femme et comprise dans sa constitution de dot (Limoges, 21 mars 1888, D. 89. 2. 111, S. 89. 2. 166).

5° Conservation du fonds dotal. — L'art. 1558, al. 5. permet d'aliéner l'immeuble dotal avec permission de justice « pour faire de *grosses réparations* indispensables à sa conservation », ce qui doit s'entendre quand la femme possède d'autres biens que celui qu'on aliène, ou quand on en vend seulement une partie pour réparer le reste. — La loi n'autorise l'aliénation qu'autant qu'il y a *nécessité* et qu'il s'agit de la *conservation* de l'immeuble ; la justice devrait donc rejeter la demande quand il s'agit de vendre pour faire des *améliorations*, quelque utiles qu'elles soient (Agen, 29 mars 1892, D. 92. 2. 253, S. 93. 2. 81). Cependant on voit assez souvent des autorisations de ce genre accordées pour des améliorations quand celles-ci sont nécessaires pour procurer des *ressources à la famille* : on applique alors, non plus l'al. 5, mais l'al. 3 de l'art. 1558 (Cass., 2 mai 1898, D. 98. 1. 367). Voyez aussi Rouen, 9 avril 1845, D. 53. 2. 48, et Cass., 20 oct. 1890, D. 90. 1. 264. La reconstitution d'un vignoble détruit est assimilée à une grosse réparation (Cass., 23 nov. 1898, D. 99. 1. 39).

La jurisprudence se montre également assez large en interprétant la loi à un autre point de vue. Tandis que le texte ne prévoit que le cas de « réparations », c'est-à-dire de travaux matériels exécutés sur un bien-fonds, elle autorise encore la vente pour payer des frais faits pour la *conservation de l'immeuble* d'une autre façon, ceux qui résultent d'une *instance en séparation de biens*, quand la femme a cherché à sauver sa dot (Cass., 19 juill. 1887, D. 88. 1. 49, S. 88. 1. 289). Mais cette décision ne s'étend pas aux frais d'une demande en séparation de corps, qui n'a pas pour but de conserver la dot (Pau, 1er août 1887, D. 89. 2. 110, S. 89. 2. 164).

6° Vente sur licitation. — L'immeuble dotal peut encore être aliéné, d'après l'art. 1558, lorsque la femme n'en possède qu'une partie *par indivis avec des tiers* et que le bien est reconnu *impartageable*. Pour l'application de cette disposition, il suffit que l'immeuble ne soit pas *commodément partageable*, et que sa division doive le déprécier. L'aliénation devient alors nécessaire parce que les copropriétaires de la femme ont le droit de sortir d'indivision et qu'on ne peut les en tirer qu'en vendant.

7° Échange. — Dans l'art. 1559, la loi permet l'échange du fonds dotal avec autorisation de justice, parce que cette opération a pour effet de rem-

placer le fonds primitif par un autre, ce qui fait que la dot n'est pas diminuée et ne court aucun danger, du moins quand les époux agissent de bonne foi.

Deux conditions sont exigées pour que l'échange ait lieu :

a) Il faut que la valeur du nouvel immeuble soit au moins *les quatre cinquièmes de la valeur de l'ancien*. Sans cela la consistance de la dot pourrait se trouver trop fortement diminuée. Cette valeur est appréciée par des experts nommés d'office par le tribunal (art. 1559). D'après l'art. 303 C. proc. civ., il en faut trois.

b) L'utilité de l'échange doit être démontrée aux juges. La loi n'exige pas que l'opération soit *nécessaire* ; il suffit qu'elle soit avantageuse à la femme.

8° Emphytéose. — La loi du 25 juin 1902 soumet le bail emphytéotique des biens dotaux à l'autorisation de justice (art. 2), bien qu'il ne constitue pas une aliénation proprement dite.

***1565. Caractère limitatif de l'énumération légale.** Quoique la jurisprudence ait dans quelques arrêts étendu sensiblement l'application du texte, l'énumération contenue dans les art. 1558 et 1559 n'en est pas moins limitative : quel que soit l'intérêt des époux, l'aliénation du fonds dotal ne peut pas être autorisée, si l'on ne peut la rattacher à aucune des hypothèses prévues par le texte. C'est une des grandes gênes que le régime dotal impose sans utilité bien démontrée à ceux qui l'ont choisi. La disposition du *Code italien* est bien préférable : la justice peut autoriser la vente *toutes les fois qu'elle le juge utile* (art. 1405 C. civ. ital.), comme elle fait chez nous pour les biens mineurs. On peut prévoir que pareille réforme sera faite un jour en France ; on a déjà vu comment beaucoup de contrats de mariage la rendent même inutile en décidant que le fonds dotal pourra toujours être aliéné sans autorisation de justice, sous la seule condition du remploi du prix.

1566. Exception apparente au cas d'expropriation. — Nos lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ont ajouté à la liste donnée par le Code civil un cas supplémentaire : lorsqu'un immeuble dotal se trouve compris parmi les propriétés dont l'expropriation est ordonnée, la femme peut valablement en consentir la *cession amiable*, avec l'autorisation du tribunal donnée sur requête, conformément à l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841. Ce n'est guère là qu'une formalité, puisque si la cession amiable n'est pas consentie par elle, l'expropriation est prononcée par le tribunal (art. 14). La vérité est qu'on lui laisse plutôt la liberté de *fixer le prix à l'amiable*, par une entente directe avec l'administration, au lieu de le faire fixer par le jury (art. 25), mais sa volonté d'aliéner est purement formelle, puisque son refus n'empêcherait pas l'expropriation de s'accomplir.

1566 *bis*. **Consentement des époux.** — Comme il s'agit d'immeubles dont la femme a gardé la propriété, et que les pouvoirs du mari ne comportent pas le droit d'aliéner, il faut en principe, dans toutes les hypothèses que nous passons en revue, que la femme consente à aliéner son fonds dotal et la loi le dit expressément dans l'art. 1559, à propos de l'échange ; il n'y a d'exception que dans le cas de licitation où la vente peut être imposée à la femme par ses cohéritiers et dans les cas où l'aliénation est *nécessaire* soit pour la conservation de sa dot, soit pour le paiement de ses dettes, auxquels cas le

mari peut se faire autoriser par justice à vendre, malgré son opposition (Riom, 16 janv. 1886, D. 88. 1. 49).

Le consentement du mari est également nécessaire, puisqu'il a l'usufruit des biens dotaux ; sans lui la femme ne peut aliéner que la nue propriété.

1567. Procédure de l'autorisation. — Dans tous les cas où l'aliénation d'un fonds dotal est possible en vertu de la loi, cette aliénation doit être précédée d'une *autorisation spéciale*, préalablement donnée par le tribunal. Le contrôle de la justice est nécessaire, puisque les époux ne sont pas libres d'aliéner hors des cas prévus. Selon l'opinion générale, le tribunal compétent est *celui du domicile des époux* (art. 59 C. proc. civ.), et non celui de la situation de l'immeuble. Voyez cependant Cass., 23 nov. 1898, D, 99. 1. 39.

La demande est formée par requête d'avoué. Si le mari agit seul, elle est communiquée à la femme ; elle donne lieu à communication au ministère public (art. 83 C. proc. civ.) et le jugement est rendu en audience publique.

1568. Portée de l'autorisation. — L'autorisation donnée par justice est *nécessairement spéciale*, et ne peut être utilisée pour d'autres conventions que celles qui ont été prévues et permises par le jugement (Nîmes, 1er août 1891, D. 92. 2. 146).

1569. Forme de la vente. — En général l'aliénation autorisée par le tribunal a lieu à titre de vente, et *cette vente se fait aux enchères*. Les formes ont été réglées par l'art. 1558 et par l'art. 997 C. proc. civ. revisé par la loi du 2 juin 1841 : ce sont les formes des *ventes de biens de mineurs*. Elles passent (peut-être à tort) pour être plus simples et moins coûteuses que celles de la saisie. Les enchères sont reçues soit *par le tribunal*, à l'audience des criées, soit *par un notaire* commis par jugement ; elles sont annoncées par des *affiches* et par des *insertions dans les journaux* (art. 1558 C. civ., art. 960 et 997 C. proc. civ.)

Par exception, si la vente a pour cause l'indivision d'un fonds impartageable, elle se fera *dans la forme prescrite pour les partages* ; et si c'est un échange, il n'y aura pas d'enchères, on se conformera à l'art. 1559.

***1570. Responsabilité des tiers.** — Si l'immeuble a été *vendu*, le tiers acquéreur ne peut payer son prix qu'entre les mains des personnes désignées par le jugement, s'il y a lieu ; il en est de même du cas où c'est un *emprunt* qui a été autorisé par la justice. Très souvent les personnes désignées pour recevoir les fonds seront *des créanciers des époux*. Souvent aussi l'argent devra être remis *aux époux eux-mêmes*, qui en ont besoin pour subvenir à leurs dépenses personnelles. En principe le tiers qui verse les fonds est tenu d'en surveiller l'emploi, et de s'assurer qu'ils reçoivent bien la destination en vue de laquelle l'emprunt ou la vente a été autorisé (Cass., 13 déc. 1897, D. 98. 1. 56 ; Cass., 6 févr. 1899, D. 99. 1. 271, S. 1900. 1. 197). Toutefois il est déchargé de toute responsabilité lorsqu'il y a impossibilité pour lui de surveiller l'emploi (Cass., 5 nov. 1855, D. 55. 1. 435, S. 56. 1. 204 ; Cass., 13 déc. 1897 précité ; Cass., 18 juill. 1906, D. 1907. 1. 11).

1571. Remploi de l'excédent disponible. — Quand c'est une vente qui a été autorisée, il arrive souvent que le prix est supérieur aux besoins

qui l'ont rendue nécessaire. Cet excédent est dotal et il doit en être fait remploi comme tel (art. 1558, al. final). Le tiers acquéreur serait responsable du défaut de remploi, mais son omission ou sa nullité n'entraînerait pas l'annulation de la vente : le remploi n'est plus ici une condition de l'aliénation, qui a un autre but et une cause propre ; il est simplement une obligation pour le mari ou pour le tiers acquéreur ou prêteur (AUBRY et RAU, t. V, § 537, note 133. — En sens contraire, TESSIER, *Traité de la dot*, t. I, p. 237).

1572. Nullité de la vente. — Les cas de nullité qui peuvent se présenter sont les suivants :

1° DÉFAUT D'AUTORISATION. — Il est clair qu'il y aurait nullité si on avait vendu ou échangé ou hypothéqué sans la permission de justice qu'exigent les art. 1558 et 1559.

2° INOBSERVATION DES FORMES. — La vente serait encore nulle si l'on avait omis de la faire aux enchères ou de l'annoncer au public (art. 1558). Il en serait de même en cas d'omission des formes spéciales requises pour l'échange par l'art. 1559.

3° AUTORISATION DONNÉE HORS DES CAS PRÉVUS. — Les jugements sur requête qui autorisent l'aliénation d'un bien dotal ne sont pas des actes de juridiction contentieuse, possédant l'autorité de la chose jugée ; ce sont des actes de juridiction volontaire, qui se trouvent nuls s'ils sont accomplis en dehors des cas prévus par la loi et qui n'engendrent aucune exception contre l'action en nullité par laquelle la femme chercherait à faire tomber l'aliénation ou l'hypothèque consentie par elle (Cass., 27 nov. 1883, D. 85. 1. 39, S. 84. 1. 161 ; Cass., 25 janv. 1887, D. 87. 1. 473, S. 90. 1. 434 ; Cass., 11 déc. 1895, D. 96. 1. 468, S. 97. 1. 227). Toutefois, l'annulation n'est possible qu'autant que le tribunal a méconnu les règles du régime dotal et étendu arbitrairement les dispositions de la loi, en accordant son autorisation dans des cas non spécifiés par le Code. L'acquéreur ou le prêteur serait au contraire entièrement à l'abri et l'autorisation d'aliéner ou d'hypothéquer, donnée par justice, serait inattaquable, s'il y avait eu simple erreur de fait, c'est-à-dire si les juges s'étaient fortuitement trompés ou avaient été trompés par les époux sur la nature des faits allégués comme motifs de l'opération (Cass., 20 juin 1877, D. 79. 1. 421, S. 80. 1. 19 ; Agen, 29 mars 1892, S. 92. 2. 253, S. 93. 2. 81).

§ 7. — *De l'inaliénabilité de la dot mobilière.*

1573. Bibliographie. — LESCŒUR, *Des origines de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, Revue critique*, 1875, p. 380. — Voir aussi TESSIER, *Traité de la dot*, note 499. — FOUCHARD, thèse, Paris, 1899 ; J. COROÏ, thèse, Paris, 1912.

A. — Origines du système actuel.

1574. Droit romain. — Il est bien certain que le droit romain n'avait pas rendu la dot mobilière inaliénable. La loi Julia avait statué seulement *de fundo dotali* et tous les textes qui parlent de l'inaliénabilité sont relatifs aux immeubles ; d'autres donnent au mari le droit d'affranchir les esclaves compris dans la dot. Sous Justinien encore, Théophile explique tout au long que la défense d'aliéner n'est faite que pour les *prædia* et que le mari transmet valablement aux tiers la propriété des autres choses dotales (*Paraphrase* de Théophile, sur le *proœmium* du liv. II, tit. 8, des Institutes).

C'est Bartole qui paraît avoir le premier enseigné que l'inaliénabilité s'étendait à la dot mobilière, par interprétation de la loi 30 au *Code*, *De jure dotium*, liv. V, tit. 12 (sur la loi unique *De rei uxoriæ actione*, *Code*, liv. V, tit. 13). Son interprétation a été réfutée par Cujas (sur le titre *De jure dotium*, § *et cum lex*).

1575. Ancien droit français. — Les Parlements du Midi avaient conservé au mari son droit de disposer librement de la dot mobilière. Voyez :

1° Pour Toulouse, Catelan, *Arrêts remarquables*, liv. IV, chap. 47, t. II, p. 123 ; Vedel, *Observations sur les arrêts de Catelan*, liv. IV, chap. 47 ; De Juin, *Journal du Palais*, t. VI, p. 46 ; Claude Serres, *Institutes*, liv. II, chap. 8. Voyez les fragments rapportés en note [1].

2° Pour Aix, Julien, *Éléments de jurisprudence*, I, 4, 17.

3° Pour Grenoble, « Maritus dotem alienare potest, si mobilis sit, etiam sine consensu uxoris... » (*Petri Exceptiones*, xie siècle, I, chap. 34) ; Chorier, *Remarques sur la jurisprudence de Gui-pape*, p. 206 ; Duport-Lavilette, *Questions*, I, p. 27.

Mais, depuis le xviie siècle au moins, on considérait la dot mobilière comme inaliénable de la part de la femme [2]. Voyez les *attestations* du barreau de Bordeaux de 1672, 1686, 1696, rapportées par Salviat, p. 199 (Tessier, *De la dot*, t. I, p. 292, en note). On y décidait que la femme ne pouvait pas aliéner sa dot mobilière pendant le mariage en renonçant à l'hypothèque légale qui lui en garantit la restitution, ni se trouver tenue sur sa dot mobilière de l'exécution des obligations qu'elle contracte. — Tessier rapporte même un passage de Julien qui prouve que cette incapacité de la femme était également reçue en Provence : « La femme ne peut, pendant le mariage, aliéner ni engager sa dot, soit

[1] « Le mari étant le maître absolu des obligations constituées en dot, et pouvant les nover et en retirer paiement comme bon lui semble, il s'ensuit que tandis que ces obligations appartiennent au mari, ses créanciers peuvent saisir et arrêter les sommes dotales entre les mains des débiteurs sans que la femme puisse s'y opposer » (Catelan). — « Du reste, puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui soit défendue par la loi, il s'ensuit que le mari est maître absolu des sommes, actions, obligations ou hypothèques dotales et qu'il peut les aliéner comme il trouve à propos » (Serres, 3e édit., p. 136). Serres cite ensuite un arrêt de Toulouse, du 11 août 1705, rendu dans la cause du sieur du Roc de Pradels, qui avait décidé que le mari pouvait valablement traiter et transiger des droits dotaux mobiliers de sa femme, même mineure. Salviat (p. 202, *in fine*) adopte l'avis de Serres. — Le seul passage contraire est dans le *Traité des contrats*, de d'Espeisses (1re partie, titre XV, section 3, n° 29), où l'auteur affirme que la femme a le droit, après la dissolution du mariage, de faire révoquer les aliénations de meubles dotaux non estimés faites par son mari pendant le mariage (édit. de 1750, t. I, p. 508). Mais un *Nota*, ajouté par Rousseau de La Combe, avertit le lecteur que cette solution est inexacte, et que le mari est maître et propriétaire des meubles dotaux et que « la prohibition de la loi *Julia de fundo dotali* ne s'étend point sur le mobiliaire apporté par la femme ». — Tessier pensait que la dot mobilière était inaliénable de la part du mari aussi bien que de la part de la femme. Dans son idée, c'est seulement la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » qui protège les acquéreurs de meubles corporels, en sorte que les meubles incorporels compris dans la dot ne peuvent pas être aliénés par le mari. Mais Tessier était bordelais et subissait l'influence d'une jurisprudence particulière au Parlement de Bordeaux, qu'il rappelle lui-même en note (p. 341).

[2] Cette distinction entre les pouvoirs du mari et l'incapacité de la femme a pour origine une distinction faite par Cujas : « Uxor domina est rerum dotalium naturaliter, maritus civiliter. »

que la dot consiste en argent, en meubles ou en immeubles » (*Éléments de jurisprudence*, p. 57, n° 28). Et il en était de même à Toulouse (SIMON D'OLIVE, *Questions notables*, liv. III, chap. 23). Toutefois l'ensemble de cette jurisprudence ne paraît pas avoir été nettement exposé par personne, si ce n'est peut-être par ROUSSILHE (*De la dot*, n°s 256, 263, 264).

***1576. Le Code civil.** — Il y a de fortes raisons de croire que l'intention des auteurs du Code a été de revenir aux véritables principes du droit romain, d'après lequel la femme n'était protégée par l'inaliénabilité que pour ses immeubles dotaux. Duveyrier disait : « Si quelquefois notre projet s'écarte de l'usage, c'est pour s'attacher plus fortement à la législation romaine dont l'usage s'était écarté » (rapport au Tribunat, FENET, t. XIII, p. 750), et Albisson : « Le régime dotal n'avait pu éviter le sort de toutes les législations humaines qui se déforment et se compliquent... Le projet de loi le ramène à sa simplicité et à sa pureté originelles : il en élague tout ce qui pouvait l'altérer ou en embarrasser l'application » (séance du 19 pluviôse an XII, FENET, t. XIII, p. 802). De plus, le Code a reproduit pour le régime dotal, en grande partie au moins, l'ouvrage de Domat. Or Domat ne considérait pas l'inaliénabilité de la dot mobilière comme un usage général, ayant la valeur d'une règle nouvelle du régime ; il se borne à dire : « Il faut remarquer qu'*en quelques provinces* la femme ne peut pas même s'obliger avec l'autorisation de son mari, ce qui lui conserve sa dot entière, soit mobilière, soit immobilière » (*Loix civiles*, liv. I, tit. 9, sect. 1, art. 30). Comp. REGNAULT, thèse, Paris, 1894, p. 66.

Que devait-on en conclure, sinon que la jurisprudence suivie en quelques endroits était abandonnée ? C'est ce qu'a fait une grande partie de la doctrine, qui pensait que le principe d'inaliénabilité, étant de droit exceptionnel, ne pouvait se suppléer et que le Code ne l'avait établi dans l'art. 1554 que pour les immeubles (TOULLIER, t. XIV, n° 176 ; AUBRY et RAU, t. V, § 537 *bis*, note 5 et les auteurs cités par eux). On serait revenu ainsi au système primitif ; mais on va voir que la jurisprudence en a décidé autrement.

***1577. Jurisprudence moderne.** — De tous temps certains arrêts se sont prononcés pour l'inaliénabilité des meubles dotaux (Limoges, 5 juill. 1816, S. 17. 2. 264 ; Cass., 1er févr. 1819, D. 10. 349, S. 19. 1. 146, S. chr. 6. 1. 16)[1]. La jurisprudence a surtout été fixée par deux arrêts de 1837 et

[1] Voici les considérants principaux de cet arrêt remarquable : « Attendu que, dans les pays de droit écrit, c'était un principe consacré par la jurisprudence, que la femme ne pouvait, quoiqu'avec l'autorisation de son mari, aliéner sa dot mobilière, même indirectement en contractant des obligations... ; Attendu qu'il résulte du procès-verbal de la discussion du Code civil, que les auteurs de ce Code ont voulu maintenir le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit, sauf les modifications qu'ils ont formellement exprimées ; et qu'ils n'ont aucunement dérogé à la prohibition qui était faite à la femme mariée sous le régime dotal d'aliéner, par des obligations ou autrement, sa dot mobilière ; — que, si l'art. 1554 du Code civil n'a expressément prohibé l'aliénation qu'à l'égard des immeubles dotaux..., c'est que, d'après les dispositions du Code civil, comme d'après les dispositions du droit romain, le mari étant seul maître de la dot mobilière.... lui seul peut en avoir la disposition ; et qu'ainsi,

1846 (Cass., 2 janv. 1837, arrêt *Castel*, D. 37. 2. 135, S. 37. 2. 397; Cass., Chambres réunies, 14 nov. 1846, D. 47. 1. 27, S. 46. 1. 824). Depuis 1846 la jurisprudence n'a pas varié (Cass., 27 avril 1880, D. 80. 1. 431, S. 80, 1. 360) et la question ne se plaide plus.

Les considérations qu'on a fait valoir pour justifier cette solution peuvent se ramener à trois :

1° Certains textes (art. 1541, 1555, 1556, art. 83 C. proc. civ.) parlent en termes généraux de *la dot* ou des *biens dotaux*, expressions qui peuvent convenir aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. — Cet argument n'a aucune valeur : ces différents textes doivent être interprétés par référence avec l'art. 1554, qui est le texte de principe et qui ne parle que des *immeubles* dotaux.

2° Une *raison historique*, aussi faible que la précédente : le Code a maintenu le régime dotal tel qu'il l'a trouvé dans les pays du droit écrit ; s'il avait voulu le modifier, il l'aurait dit. — On a vu par l'exposé historique qui précède ce qu'il faut penser de cet argument.

3° La nécessité de *compléter la protection que le régime dotal assure à la femme*. Si on restreint l'inaliénabilité aux immeubles, le bénéfice en est incomplet, surtout avec l'énorme développement de la richesse mobilière : actuellement la plupart des dots sont constituées en argent. L'abrogation du S. C. Velléien aggrave encore le danger pour la femme. — La raison est excellente, mais en *législation* seulement. Que peut-elle contre l'état actuel des textes ? En réalité la jurisprudence s'est substituée ici au législateur et a ajouté quelque chose à nos lois. L'inaliénabilité de la dot mobilière est un des exemples les plus remarquables de ses hardiesses.

1578. Disposition du Code roumain. — En Roumanie, la dot mobilière peut être aliénée avec l'autorisation du mari, quand la propriété en reste à la femme (art. 1249 C. civ. roumain). Cet article a été écrit pour trancher la controverse qui se poursuivait alors en France.

B. — Système de la jurisprudence.

****1579. Résumé.** — Toute la jurisprudence en cette matière peut se résumer dans une double proposition :

1° *Entre les mains du mari*, qui a le droit de disposer des meubles dotaux, *la dot mobilière est aliénable* ;

2° *A l'égard de la femme*, la dot mobilière est *frappée d'inaliénabilité*,

sous ce rapport, la femme se trouvant dans l'heureuse impuissance d'aliéner elle-même directement ses meubles ou deniers dotaux, il était inutile de lui en interdire l'aliénation ; — mais qu'on ne peut pas plus conclure de l'art. 1554 C. civ. qu'on ne concluait de la disposition semblable de la loi *Julia*, que la femme ait le droit pendant le mariage d'aliéner, au profit de tierces personnes, par des obligations qui pourraient être arrachées à sa faiblesse, la créance qu'elle a contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, puisque, dans ce cas, sa dot ne serait plus réellement garantie... » — Il est visible que cet arrêt a été rédigé par des méridionaux.

en ce sens qu'elle ne peut se trouver compromise par aucun acte de la femme.

Pour qualifier ce système, on dit parfois que l'inaliénabilité dotale est *relative* en ce qui concerne le mobilier : la femme est protégée contre elle-même et non contre son mari.

1° Droit de disposition du mari.

***1580. Son étendue.** — La jurisprudence admet que le mari peut disposer des meubles dotaux, *même de ceux dont il n'est pas propriétaire*. Elle considère cette faculté comme rentrant dans les pouvoirs d'administration que lui donne l'art. 1549. Ce pouvoir du mari a déjà été étudié (ci-dessus, n°s 1509 à 1511). Rappelons seulement qu'il est *général* et ne s'applique pas seulement aux *meubles corporels*, pour lesquels les tiers acquéreurs seraient déjà protégés par le droit commun ; il existe également pour les *meubles incorporels*, qui fréquemment composent toute la dot. Ainsi le régime d'inaliénabilité n'empêche pas la dot entière de se trouver, à l'occasion, à la libre disposition du mari, quand elle est mobilière. — Rappelons aussi que ce pouvoir du mari est fréquemment restreint par une clause qui devrait devenir de style dans tous les contrats de mariage, et qui rend la dot mobilière aliénable seulement sous condition de remploi (ci-dessus, n°s 1510 et 1511).

2° Impossibilité pour la femme de compromettre sa dot.

***1581. Insaisissabilité des meubles dotaux.** — Les créanciers qui traitent avec la femme pendant le mariage, n'ont aucune action sur ses meubles dotaux, qui sont inaliénables à l'égard de la femme. La dot mobilière est donc insaisissable pour ses créanciers (Besançon, 30 juin 1891, D. 92. 2. 342)[1]. Voyez ci-dessous, n°s 1588 et suiv.

***1582. Incessibilité de l'hypothèque légale.** — Il est impossible que la femme se prive de son hypothèque légale en tant qu'elle garantit ses reprises mobilières. Ainsi elle ne peut céder son hypothèque, ni y renoncer ou y subroger un tiers ; une telle convention ne peut avoir d'effet que pour la partie des reprises de la femme qui sont paraphernales (Cass., 3 déc. 1883, D. 84. 1. 334, S. 84. 1. 232 ; Cass., 13 avril 1893, D. 94. 1. 407. Arrêts plus anciens et nombreux). La femme ne pourrait même pas compromettre son hypothèque d'une manière indirecte et sans convention spéciale ; voyez-en un exemple dans Cass., 6 déc. 1882, D. 83. 1. 219, S. 84. 1. 27.

A plus forte raison la femme ne pourrait-elle pas renoncer envers son mari à son action en reprise elle-même.

[1] Cette insaisissabilité s'étend même aux *meubles meublants* achetés en remploi de la dot (Cass., 1er août 1900, D. 1901. 1. 145, S. 1901. 1. 5, P. 1901. 1. 497 et les notes). Mais elle cesse s'il y a confusion des meubles dotaux avec le mobilier de la communauté d'acquêts qui peut exister entre les époux (Cass., 3 mars 1902, S. 1902. 1. 397).

1583. Conséquences en cas de placement nouveau. — Cette indisponibilité de la dot mobilière à l'égard de la femme a conduit la jurisprudence à d'autres solutions très remarquables, au cas où la dot mobilière consiste *en argent* et où il en a été fait un *placement au nom de la femme* dans des conditions telles que le bien ainsi acquis soit *paraphernal*. Voyez ce qui est dit ci-dessous, nos 1670 à 1680.

1584. Combinaison avec le pouvoir du mari. — La double proposition qui résume le système de la jurisprudence produit un autre résultat singulier : c'est que la femme, incapable de disposer de sa dot mobilière, peut cependant *s'associer à des actes de disposition faits par son mari;* ainsi elle peut, de concert avec lui, *donner en nantissement* les titres des valeurs qui représentent sa dot; cette convention est valable, parce qu'elle laisse intacts tous ses droits contre son mari (Cass., 13 janv. 1874, D. 74. 1. 154, S. 74. 1. 160). Le mari aurait même pouvoir pour la consentir à lui tout seul; c'est ainsi que, quand il prend un appartement à bail, le mobilier dotal qu'on y apporte est grevé du privilège du bailleur, qui n'est qu'une espèce de nantissement (Cass., 4 août 1856, D. 56. 1. 335, S. 57. 1. 216).

1584 *bis*. Modifications conventionnelles. — La pratique tend à atténuer la rigueur de cette conséquence du régime dotal qui, par l'hypothèque légale de la femme, immobilise les biens du mari et paralyse sa liberté. On stipule par exemple qu'il sera permis à la femme de transiger et de compromettre avec la seule autorisation de son mari. On veut par là lui permettre d'intervenir dans un ordre amiable et d'y donner mainlevée de son hypothèque, mais un pareil contrat n'a plus de dotal que le nom et la portée de cette clause est encore incertaine. Un jugement l'a validée (Trib. civ. Grenoble, 14 janv. 1911, D. 1913. 2. 285). Un autre a considéré la mainlevée comme nulle au cas où la femme ne reçoit pas son paiement (Trib. civ. Grenoble, 22 mai 1913, D. 1913. 2. 285, et la note).

§ 8. — *Droits des créanciers de la femme.*

***1585. Silence de la loi.** — Les effets que la dotalité produit relativement aux créanciers de la femme n'ont pas été déterminés par le Code. Nulle part la loi ne s'est occupée des engagements contractés par une femme mariée sous le régime dotal, si ce n'est incidemment, pour une convention particulière, la subrogation à l'hypothèque légale, et cela dans un texte bien postérieur au Code, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

Il semble d'ailleurs que nos anciens auteurs n'aient pas attaché grande importance à ce côté du régime dotal; ils traitent longuement de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, et sont brefs sur l'insaisissabilité. Cependant la situation des créanciers d'une femme dotale a soulevé depuis le Code civil de très nombreuses questions, et presque toutes fort difficiles à résoudre. Dans nos recueils d'arrêts, les décisions relatives à ces difficultés sont pré-

sentées pêle-mêle avec celles qui concernent le cas d'aliénation des biens dotaux. Il y a cependant un avantage évident à les en séparer, bien que l'insaisissabilité soit la conséquence de l'inaliénabilité.

*1586. **Principe général sur la capacité de la femme.** — Il ne faut pas s'exagérer l'étendue de son incapacité, c'est-à-dire la portée des effets de l'inaliénabilité dotale sur la capacité personnelle de la femme : celle-ci n'est pas déclarée directement par la loi *incapable de s'obliger d'une manière générale*; elle est seulement *incapable de perdre sa dot*, et ceci est bien différent. L'engagement contracté par une femme dotale régulièrement autorisée n'est pas *nul* (annulable) comme le serait l'engagement d'un *incapable* (d'une femme mariée non autorisée); il est seulement *sans effet sur ses biens dotaux* (Cass., 11 nov. 1855, D. 55. 1. 437, S. 56. 1. 455; Cass., 18 août 1869, D. 69. 1. 461, S. 70. 1. 69; Cass., 24 mars 1885, D. 85. 1. 254, S. 85. 1. 220).

Nous avons donc deux points de vue à examiner : 1° l'effet des obligations de la femme, c'est-à-dire les droits de ses créanciers, *en dehors de ses biens dotaux*; 2° l'effet de ses obligations *sur ses biens dotaux*. — Le second seul exige de longues explications.

A. — Effet utile des obligations de la femme.

1587. **Droits des créanciers de la femme hors des biens dotaux. — La femme dotale s'oblige valablement dans les termes du droit commun, en tant qu'il ne s'agit pas de donner action à ses créanciers sur ses biens dotaux. Sur quels biens ceux-ci auront-ils donc droit de compter ?

D'abord il est possible que la femme ait une partie de sa fortune sous la forme de *paraphernaux*; si les biens de cette sorte sont considérables, le paiement des créanciers est assuré, puisque les paraphernaux sont saisissables.

Si la femme n'a pas de paraphernaux, ou si elle n'en a pas assez pour faire face à son passif, l'engagement de la femme n'est cependant pas dénué d'effets ; les créanciers doivent *attendre la dissolution du mariage*. Ce moment venu, ils auront action :

1° Sur *les biens nouveaux de la femme*, quand c'est elle qui survit, c'est-à-dire ceux qu'elle acquerra une fois veuve ou divorcée : ces biens sont libres entre ses mains; il n'ont jamais été dotaux (Grenoble, 16 déc. 1882, D. 83. 2. 242, S. 84. 2. 65);

2° Sur *les biens des héritiers de la femme*, à moins qu'ils n'aient accepté sa succession *sous bénéfice d'inventaire*, auquel cas leur patrimoine personnel est hors d'atteinte pour les créanciers de la femme.

B. — Insaisissabilité des biens dotaux.

1588. **Dérogation au droit commun. — En leur qualité de biens

inaliénables, les biens dotaux sont également insaisissables par les créanciers, de façon que *la femme, en s'obligeant, n'engage pas ses biens dotaux.* La dotalité déroge donc au principe de l'art. 2092, aux termes duquel quiconque s'oblige personnellement est tenu sur tous ses biens ; la femme dotale est un débiteur qui ne s'oblige pas indistinctement sur tout son patrimoine ; il y en a une partie à laquelle ses créanciers ne peuvent pas toucher. C'est pour cela que l'incapacité propre à la femme dotale, étant restreinte à certains biens, mérite dans une certaine mesure le nom d'indisponibilité ; sur les biens qui sont protégés par leur caractère inaliénable, l'action des créanciers est comme paralysée. La doctrine est unanime et la jurisprudence constante (Cass., 16 nov. 1824, D. 10. 208, S. chr. 7. 1. 562 ; Lyon, 19 mai 1886, S. 88. 2. 134).

***1589. Condition des biens aliénables.** — Les biens dotaux restent insaisissables même lorsque la femme s'est réservé par son contrat de mariage le droit de les aliéner et de les hypothéquer ; elle n'a écarté par là qu'une seule des conséquences de la dotalité, et celle-ci subsiste pour le surplus. On sait déjà que ces clauses s'interprètent restrictivement. Voyez ci-dessus, n° 1547. Les créanciers se trouvent donc encore empêchés de saisir les biens dotaux, à moins que la femme, usant de la liberté qu'elle s'est réservée par son contrat, ne leur ait consenti une hypothèque. Mais il n'est pas interdit aux époux, si telle est leur volonté, de faire plus encore et de réserver à la femme la capacité de s'obliger même sur ses biens dotaux à la condition de s'en expliquer clairement. Comp. Cass., 12 mars 1861, D. 61. 1. 156, S. 61. 1. 529.

****1590. Durée de l'insaisissabilité.** — L'insaisissabilité des biens dotaux est douée d'une énergie toute particulière : *elle protège la femme indéfiniment* (Paris, 27 mars 1901, S. 1906. 2. 189). Jamais les créanciers ne pourront saisir la dot mobilière ou immobilière, ni après la séparation de biens, ni même après la dissolution du mariage, soit entre les mains de la femme, soit entre les mains de ses héritiers. Et cependant l'inaliénabilité n'existe plus quand le mariage est dissous : les biens ont été dotaux, mais ils ne le sont plus ; ils sont redevenus aliénables pour la femme ou ceux qui lui ont succédé. Pourquoi donc les créanciers ne peuvent-ils les saisir même alors ? C'est que l'inaliénabilité a été établie pour protéger la femme contre les conséquences des actes qu'elle fait pendant le mariage, pour mettre sa dot à l'abri, même malgré elle, des opérations que son mari lui ferait consentir. Si la dotalité aboutissait à un simple ajournement temporaire de l'action des créanciers, le but de son institution ne serait pas atteint ; il faut que la femme soit garantie contre eux indéfiniment, même après la dissolution du mariage. Ceux qui croient à une impossibilité purement réelle et temporaire ne peuvent expliquer cet effet de la dotalité.

1591. L'insaisissabilité après la restitution de la dot. — Cette persistance indéfinie de l'insaisissabilité est surtout intéressante à constater quand la dot a subi une transformation lors de sa restitution : par exemple, un mari qui avait reçu une dot mobilière en argent cède à sa femme, à titre de dation en paiement, un de ses propres immeubles. Cet immeuble n'a jamais été dotal, mais il contient en lui la valeur de la dot inaliénable à laquelle le créancier ne peut pas toucher. Par suite, si l'immeuble est saisi, on ne pourra distribuer aux créanciers que l'excédent du prix de vente, prélèvement fait du montant de la dot (Grenoble, 4 mars 1868, D. 69. 2. 1, S. 68. 2. 207). Ainsi les créanciers n'ont intérêt à le saisir qu'autant qu'il dépassait de beaucoup dès le début l'importance de la dot, ou si une plus-value s'est produite depuis que la femme l'a reçu.

***1592. Sanction de l'insaisissabilité.** — Cette sanction est la *nullité*. Lorsque la saisie a été opérée indûment par les créanciers postérieurs au mariage, la femme peut en demander la nullité et elle doit le faire, comme le veut l'art. 728 C. proc. civ., *trois jours au plus tard* avant la publication du cahier des charges. L'art. 728 prononce en effet la déchéance pour toutes les actions en nullité, *soit de fonds, soit de forme,* qui ne sont pas exercées avant ce moment et cette déchéance s'applique à la femme comme à toute autre personne. Malgré quelques arrêts contraires (Pau, 5 mars 1833, D. 33. 2. 208, S. 33. 2. 423), la jurisprudence est maintenant fixée en ce sens (Cass., 9 mars 1870, D. 72. 1. 85, S. 70. 1. 285). Voyez la note sous Cass., 30 avril 1850, D. 50. 1. 273.

1593. Droit de la femme après le délai. — Si la femme ne peut plus demander la nullité de l'adjudication qui a été la suite de la saisie, lorsqu'elle a omis de le faire dans le délai de trois jours, elle peut du moins demander que le prix payé par l'adjudicataire lui soit attribué exclusivement, comme provenant de biens qui n'étaient pas affectés à l'exécution de ses obligations (Cass., 21 janv. 1856, D. 56. 1. 354, S. 56. 1. 329). Cette solution concilie les deux intérêts en présence : pour protéger l'acquéreur que le Code de procédure met à l'abri de toute action en nullité, il n'est pas nécessaire de permettre aux créanciers de toucher le prix d'adjudication au détriment de la femme.

1594. Conséquence pratique. — Grâce à l'art. 728 C. proc. civ. il est aujourd'hui possible de ressusciter les anciens *décrets volontaires*, dans le but de purger la dotalité d'un immeuble : la femme n'a qu'à se laisser poursuivre sans protestation par un créancier complaisant, pour trouver dans les formes de la saisie immobilière un moyen sûr d'aliéner valablement ses immeubles dotaux, car l'adjudicataire aura une situation inattaquable (Cass., 21 mai 1883, D. 84. 1. 85, S. 85. 1. 493. — Comp. Aubry et Rau, t. V, § 538, note 19)[1]. Notre pratique moderne réaliserait ainsi un résultat comparable à celui que signalait Loisel : « Décret forcé nettoie toutes hypothèques et droits », surtout si l'on tient compte de l'effet de purge attaché à la saisie par l'art. 717 C. proc. civ. (L. 21 mai 1858), concernant l'action en résolution du vendeur non payé : les principales causes d'éviction disparaissent.

1595. Situation de la femme veuve ou divorcée. — A la dissolution du mariage, l'insaisissabilité cesse, comme l'inaliénabilité tout entière, en ce sens que les biens qui ont fait partie de la dot sont redevenus libres et que la femme peut en disposer *par des*

[1] Il a été décidé de même, au cas où une *saisie-arrêt* a été pratiquée sur une *créance dotale*, que la femme cesse d'être recevable à en opposer la nullité lorsque le jugement qui l'a validée a acquis l'autorité de la chose jugée (Cass., 5 juill. 1900, D. 1901. 1. 199). Voyez aussi pour la *procédure d'ordre*, Cass., 13 janv. 1903, S. 1903. 1. 497, et la note de M. Tissier. Une fois qu'un ordre, même amiable, a acquis l'autorité de la chose jugée, la femme ne peut plus l'attaquer en se prévalant de ce qu'il s'agissait de deniers dotaux : elle aurait dû employer les voies de recours. Comp. Cass., 29 févr. 1864, S. 64. 1. 271.

actes nouveaux. Alors la femme peut renoncer au bénéfice de l'insaisissabilité et elle peut le faire *expressément* ou *tacitement*, par exemple en se laissant condamner et poursuivre, soit par défaut, soit contradictoirement, sans opposer au créancier la dotalité qui rendrait nulle la poursuite (Limoges, 30 déc. 1892, D. 94. 2. 122).

C. — Créanciers auxquels l'insaisissabilité est opposable.

1° Créanciers antérieurs au mariage.

a. — *Biens appartenant à la femme avant le mariage.*

1596. Conservation de l'action des créanciers. — Les biens que la femme possède avant de se marier sont le gage de ses créanciers. Quand elle se les constitue en dot, la femme fait-elle perdre à ceux-ci le droit qu'ils ont de les saisir? Il y a d'abord deux cas où l'action des créanciers est très certainement conservée :

1° Créanciers hypothécaires. — Le créancier qui a une hypothèque a un droit indépendant, un droit réel, qui lui donne le moyen de poursuivre le bien et que la femme ne peut pas lui enlever. Voyez t. II, 2311-2° et 2312-3°.

2° Constitution de dot a titre universel. — Quand la femme se constitue en dot tous ses biens présents, la dotalité atteint une masse de biens en l'état où elle se trouve, avec le passif qui est afférent, *cum sua causa* (Roussilhe, *De la dot*, édit. Sacaze, n° 359).

***1597. Cas controversé.** — Il y a eu quelque doute pour les *créanciers chirographaires*, en présence d'une *constitution de dot faite à titre particulier*. Quelques auteurs avaient pensé que le droit de saisir devait être perdu pour eux, parce qu'ils sont de simples ayant cause de leur débiteur et qu'ils subissent l'effet de toutes les modifications qui atteignent le patrimoine de celui-ci. Mais l'opinion contraire a prévalu avec juste raison : l'inaliénabilité qui frappe les biens constitués en dot *n'a d'effet que pour l'avenir* ; il en est d'elle comme d'une incapacité qui atteindrait un débiteur et au fond ce n'est pas autre chose. Le débiteur a beau perdre la capacité nécessaire pour contracter de nouvelles obligations, son patrimoine n'est pas affranchi pour cela de celles qui existaient précédemment. La femme est bien devenue *incapable de contracter de nouvelles dettes sur ses biens dotaux*, mais ce serait dépasser le but que d'opposer l'inaliénabilité dotale à des créanciers avec lesquels la femme a traité dans la plénitude de sa liberté. Ainsi donc *le droit de tous les créanciers antérieurs au mariage reste intact* (Montpellier, 13 nov. 1878, D. 79. 2. 217, S. 79. 2. 65. Comp. Le Courtois et Surville, t. III, n° 1673).

1598. Condition de date. — Lorsqu'il s'agit de vendre le bien pour payer le créancier, la loi veut que l'antériorité de la créance soit *certaine*[1].

[1] Le créancier dont le titre n'a pas date certaine recouvre le droit de saisir après la dissolution du mariage (Cass., 28 janv. 1891, D. 92. 1. 53, S. 93. 1. 294).

Une observation de Cambacérès qui demandait que le créancier eût un titre authentique (FENET, t. XIII, p. 596), prouve qu'il s'agit ici d'une date devenue certaine conformément à l'art. 1328. Néanmoins la jurisprudence interprète la loi moins strictement (Montpellier, 20 févr. 1865, S. 65. 2. 95). Voyez ci-dessus, n° 1564-3°.

1599. Moment où commence l'insaisissabilité. — Un créancier dont le droit serait né *dans l'intervalle entre le contrat de mariage et le mariage* aurait-il le droit de saisir les biens dotaux ? La jurisprudence admet que l'inaliénabilité ne commence qu'avec le mariage, et que les créances nées dans l'intervalle entre les deux contrats sont exécutoires sur les biens dotaux (Rouen, 10 janv. 1867, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 237, note 1, S. 67. 2. 109 ; Caen, 9 juill. 1889, D. 90. 2. 137) [1]. Les textes laissent ce point indécis : l'art. 1558 parle des dettes antérieures au *contrat de mariage*, mais dans les discussions on a tout le temps parlé du *mariage* lui-même comme point d'arrêt de la faculté de s'obliger sur la dot (observations de Cambacérès, et exposé des motifs par Berlier dans FENET, t. XIII, p. 596 et 683). Comp. LYON-CAEN, note dans *Sirey*, 79. 2. 66.

La généralité de la doctrine juge trop dangereux pour la femme le pouvoir de contracter des obligations exécutoires sur ses biens dotaux et se prononce à peu près unanimement en sens contraire. Voyez les citations dans DALLOZ, *Répert.*, v° Contrat de mariage, n° 3668 ; *Suppl.*, eod. v°, n° 1320. Il est certain qu'avec le système de la jurisprudence l'effet de la constitution de dot peut se trouver anéanti par des obligations contractées après le contrat et ayant acquis date certaine avant le mariage. Voyez dans le sens de la doctrine Montpellier, 6 mars 1844, D. 45. 2. 38, S. 45. 2. 11.

***1600. Ce que peut saisir le créancier.** — Quand la constitution de dot est universelle, le créancier peut saisir *la pleine propriété du bien dotal* : il en est de même encore, au cas de constitution d'un bien particulier, si le créancier a une hypothèque, mais il y a doute pour le créancier chirographaire : l'opinion la plus générale voudrait obliger ce créancier à respecter *l'usufruit concédé au mari* (AUBRY et RAU, t. V, § 538, p. 607 ; GUILLOUARD, t. IV, n° 2077), mais la jurisprudence tend à autoriser son action sans réserve (Bordeaux, 29 août 1855, D. 57. 2. 52, S. 56. 2. 679). Cette solution est approuvée par MM. HUC (t. IX, n°s 474-475) et LE COURTOIS et SURVILLE (t. III, n°s 1673), parce que le droit de jouissance du mari n'est pas un véritable droit d'usufruit et ne constitue pas un droit réel distinct de la propriété.

b. — *Biens donnés à la femme par un tiers.*

***1601. Doctrine.** — Tous les auteurs enseignent que les biens que la femme possède en vertu d'une donation à titre de dot à elle faite par un tiers échappent à la poursuite de ses créanciers ; ces biens lui arrivent déjà frappés d'inaliénabilité et sous la condition qu'ils seront dotaux ; ils n'ont jamais pu devenir le gage de ses créanciers (AUBRY et RAU, t. V, § 538, note 2 ; LAURENT, t. XXIII, n° 549 ; GUILLOUARD, t. IV, n° 2079 ; LE COURTOIS et SURVILLE, t. III, n° 1674).

[1] Ces arrêts statuent spécialement sur la question de savoir si la femme peut *vendre volontairement* son bien dotal pour payer le créancier, mais les deux questions sont connexes.

*1602. **Jurisprudence.** — La seule fois que la question se soit présentée devant elle, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Bordeaux, 29 août 1855, D. 57. 2. 52, S. 56, 2. 679). Elle a peut-être raison. Il est bien certain que la donation faite à la femme lui fait acquérir la propriété dès le jour du contrat et que l'inaliénabilité ne commence qu'un peu plus tard, au jour du mariage. De plus, l'esprit du régime dotal est de protéger la femme seulement contre les abus d'influence du mari, et non de modifier rétroactivement la situation de ses créanciers.

2° Créanciers postérieurs au mariage.

1603. **Règle générale. — C'est contre ces créanciers que l'insaisissabilité est faite ; c'est contre eux que la femme va se voir protégée. Et pour eux, il n'y a plus à distinguer si le bien appartenait déjà à la femme avant le mariage ou s'il lui vient d'un tiers : *toute la dot leur échappe.* La règle générale est donc que les créanciers postérieurs au mariage ne peuvent pas saisir les biens dotaux ; mais à cette règle il y a des *exceptions,* qui sont examinées dans les n°s 1604 et suivants.

Avant d'entrer dans l'étude de ces exceptions, disons d'une manière générale que le système de la jurisprudence consiste à protéger la femme en lui maintenant le bénéfice de la dotalité, toutes les fois que l'obligation a une provenance contractuelle et que la femme pourrait la faire naître à volonté par le seul désir de s'obliger. Au contraire, la femme est privée de ce bénéfice toutes les fois que son obligation n'a pas une cause contractuelle.

a. — *Dettes nées des délits ou quasi-délits de la femme.*

1604. **Principe admis en jurisprudence. — Une raison d'ordre supérieur veut que la femme mariée sous le régime dotal ne puisse pas commettre impunément des actes délictueux ; l'inaliénabilité de la dot n'a pas été inventée pour cela. Celui qui est devenu son créancier à raison d'un fait illicite peut donc saisir les biens dotaux. C'est une *solution traditionnelle* ; elle a été *maintenue sans texte,* par une jurisprudence imposante, qui n'est plus contestée aujourd'hui (arrêts anciens cités dans Sirey, *Table générale,* v° Dot, n° 618. — Cass., 4 mars 1845, deux arrêts, D. 45. 1. 185 et 186, S. 45. 1. 513 ; Cass., 20 juill. 1870, D. 70. 1. 133, S. 71. 1. 69 ; Cass., 29 mars 1893, D. 93. 1. 285, S. 93. 1. 228 ; Paris, 21 avril 1896, D. 98. 1. 305). Longue liste d'arrêts et d'auteurs dans Le Courtois et Surville, t. III, p. 349, note 2. Résumé de la jurisprudence par M. Appert, P. et S. 1909. 1. 569.

Il est à remarquer que la possibilité pour la femme d'engager sa dot par ses actes délictueux ne reçoit son application qu'*à l'égard des tiers qui sont ses victimes,* et non pas à l'égard des personnes qui ont pu lui servir de *complices.* Ainsi le complice du délit commis par la femme n'a pas de recours contre elle sur ses biens dotaux, lorsqu'il a été obligé, en qualité de codébiteur solidaire, de payer une indemnité entière au tiers qui en

a été la victime (Cass., 11 févr. 1863, D. 63. 1. 334, S. 63. 1. 267). Cette solution est remarquable parce que le complice est subrogé dans les droits du tiers.

1605. Difficultés pratiques. — De nombreuses contestations se présentent devant les tribunaux, parce qu'on ne sait pas jusqu'où s'étend l'exception ainsi admise. Quels faits seront réputés suffisamment délictueux pour engager les biens dotaux ?

1° Il faut qu'il s'agisse d'un *fait personnel* de la femme (Cass., 3 juin 1907, P. et S. 1909. 1. 569).

2° Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un fait *réprimé par les lois pénales* : un simple *délit civil* suffit (Lyon, 19 mai 1886, S. 88. 2. 134).

3° Il suffit même d'un *quasi-délit*. Tous les arrêts le répètent à l'envi depuis le double arrêt de 1845, et quelques-uns en ont fait l'application à des hypothèses curieuses, comme l'affaire de la princesse de Bauffremont (Orléans, 26 déc. 1878, D. 79. 2. 49, S. 79. 2. 97 ; Cass., 10 juin 1879, D. 80. 1. 418, S. 79. 1. 420). Mais l'incertitude vient de ce que la jurisprudence ne sait pas au juste ce que c'est qu'un quasi-délit (voyez t. II, n° 824). En classant avec soin ses décisions, on arrive cependant à y mettre de la clarté, principalement en séparant les *actes relatifs aux contrats* et ceux que la femme accomplit *en dehors de tout contrat*. Prenons d'abord ces derniers, qui sont les plus simples.

***1606. Fautes et fraudes en dehors des contrats.** — Lorsque l'acte illicite commis par la femme ne se rattache à aucun contrat déterminé, mais résulte d'une simple contravention à la loi, il n'est pas douteux que la réparation peut être poursuivie sur ses biens dotaux. La jurisprudence de la Cour de cassation est très ferme sur ce point. Ses arrêts relèvent même en termes formels que l'*absence d'intention de nuire* n'empêche pas la dot de se trouver engagée par le quasi-délit de la femme. Mais en fait, jusqu'à présent, elle n'a eu l'occasion d'appliquer cette dernière solution qu'à une hypothèse unique [1] : celle où une femme mariée sous le régime dotal, et devenue commerçante depuis son mariage, néglige de faire publier son contrat de mariage comme l'art 69 C. com. lui en impose l'obligation (Cass., 24 déc. 1860, D. 61. 1. 373, S. 61. 1. 983 ; 29 juill. 1869, D. 71. 1. 237, S. 70. 1. 11 ; 27 février 1883, D. 84. 1. 29, S. 84. 1. 185 ; 29 mars 1893, D. 93. 1. 285. S. 93. 1. 288). — Presque toujours, quand la jurisprudence déclare une femme dotale responsable sur ses biens dotaux, elle a soin de constater qu'elle a commis un *quasi-délit*, parce qu'elle a agi *avec intention de nuire* : une simple faute ne suffirait pas pour engager la dot, si la femme n'a pas commis d'actes dolosifs et frauduleux (Cass., 3 juin 1907, D. 1912. 1. 273). Voyez les autres arrêts cités t. II, n° 824.

***1607. Fautes et fraudes dans les contrats.** — Il est tout naturel que la jurisprudence se montre plus protectrice pour la femme lorsque les faits qu'on lui reproche se rattachent à une convention, puisque la dotalité a été organisée précisément pour soustraire la femme mariée aux conséquences des contrats qu'elle peut conclure. La mesure dans laquelle la femme dotale

[1] Voyez cependant les arrêts relatifs à l'affaire de Bauffremont, cités ci-dessus, n° 1605, qui peuvent fournir un autre exemple de quasi-délit. — Voyez aussi Limoges, 11 mars 1904, D. 1905. 2. 62, P. et S. 1910. 2. 209, et la note de M. APPERT.

se trouve alors protégée par son régime matrimonial varie selon que l'acte illicite a été commis par elle dans la *conclusion* ou dans l'*exécution* du contrat.

1° Faits commis lors de la conclusion du contrat. — Les arrêts sont très nombreux, car c'est surtout sur des affaires de ce genre que la jurisprudence est appelée à statuer. Il arrive fréquemment que les tiers qui traitent avec la femme sont trompés, soit sur sa capacité personnelle et sur la nature des clauses de son contrat de mariage qui rendent ses biens inaliénables, soit sur la nature des biens qu'on offre de leur vendre ou de leur hypothéquer et qu'on leur présente comme paraphernaux, alors qu'ils sont dotaux ; on a même vu une femme hypothéquer avec l'autorisation de la justice un immeuble de son mari qu'elle prétendait lui appartenir en qualité de bien dotal (Cass., 16 févr. 1880, cité ci-dessous). En pareil cas, la jurisprudence distingue : elle exempte la femme de toute responsabilité si elle a commis *une simple erreur*, même quand elle a affirmé catégoriquement sa capacité personnelle ou la paraphernalité de ses biens (Lyon, 24 mars 1882 et 3 févr. 1883, D. 83. 2. 142, S. 85. 2. 154 ; Limoges, 5 déc. 1883, D. 84. 2. 170, S. 85. 2. 110 ; Bordeaux, 20 janv. 1893, D. 93. 2. 517, S. 94. 2. 32 ; Paris, 21 avril 1896, D. 98. sous Cass. 1. 305 ; Alger, 21 juill. 1898, D. 99. 2. 148 ; Grenoble, 19 févr. 1901, D. 1901, 2. 397). Mais lorsque la déclaration faite par la femme, au lieu de s'expliquer par une fausse interprétation de son contrat, a été faite par elle *en pleine connaissance de cause*, et à plus forte raison lorsqu'elle a été *accompagnée de manœuvres dolosives* destinées à tromper le tiers, la jurisprudence considère la femme comme responsable de son dol sur ses biens dotaux (Cas., 23 nov. 1852, S. 52. 1. 769 ; Cass., 4 juill. 1877, D. 78. 1. 55, S. 77. 1. 455 ; Cass., 16 févr. 1880, D. 81. 1. 296, S. 81. 1. 351 ; Cass., 5 févr. 1894, D. 94. 1. 416, S. 95. 1. 21 ; Cass., 14 avril 1904 ,D. 1905. 1. 181 ; Cass., 14 juin 1904, D. 1905. 1. 185).

Dans tous les cas, c'est l'adversaire de la femme qui doit faire la preuve de sa mauvaise foi, s'il veut lui enlever la protection que lui assure la dotalité (Lyon, 3 févr. 1883, D. 83. 2. 142, S. 85. 2. 154).

Une autre série d'hypothèses analogues à la précédente se rencontre lorsque la femme se porte adjudicataire d'un immeuble alors qu'elle est hors d'état d'en payer le prix : en principe elle n'est pas responsable sur les biens dotaux du dommage qu'elle cause par sa folle enchère aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble (Cass., 15 juin 1864, D. 64. 1. 379, S. 64. 1. 363 ; Riom, 16 mars 1892, D. 92. 2. 200, S. 93. 2. 146). Mais cela n'est vrai qu'autant qu'elle a agi par imprudence et sans intention de nuire, et ses biens dotaux deviennent saisissables lorsqu'elle a surenchéri de mauvaise foi (Chambéry, 11 août 1868, D. 69. 2. 13).

Voyez encore pour le cas où la femme a cédé à un tiers des reprises qui n'existaient pas, Cass., 26 nov. 1901, D. 1902. 1. 44.

2° Faits postérieurs a la conclusion du contrat. — Déjà indemne des conséquences des fautes commises par elle en s'engageant envers les tiers, sous la seule condition d'agir de bonne foi, la femme est protégée plus énergique-

ment encore quand il s'agit de l'exécution d'une obligation antérieurement contractée ; ce n'est plus de sa *simple faute* qu'elle cesse alors d'être responsable, c'est de sa *mauvaise foi* elle-même. La jurisprudence admet en effet que le simple refus d'exécuter un engagement contractuel, même opposé par caprice et sans aucune raison sérieuse, ne peut pas donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts exécutoire sur les biens dotaux. La résistance frauduleuse de la femme ne saurait équivaloir à un quasi-délit et engager sa dot, sans quoi l'insaisissabilité dotale se trouverait indirectement détruite : la femme pourrait contracter n'importe quel engagement et donner ensuite action à son créancier sur ses biens dotaux, en s'abstenant sans motif d'exécuter le contrat[1] (Cass., 23 nov. 1885, D. 86. 1. 11, S. 86. 1. 5 ; Toulouse, 13 mars 1890, D. 90. 2. 343).

1608. Étendue de l'action des créanciers. — Les dettes nées des délits et quasi-délits de la femme peuvent être poursuivies sur la nue propriété des biens dotaux pendant le mariage, et sur la pleine propriété de ces mêmes biens, dès que cesse le droit de jouissance du mari. Le mari n'est pas civilement responsable des actes de sa femme ; on avait jugé en ce sens dès 1783 (Roussilhe, n° 426).

b. — *Dettes grevant les successions recueillies par la femme.*

1609. Poursuites sur les biens dotaux. — Quand la femme s'est constitué en dot ses biens à venir, les successions qui lui arrivent pendant le mariage sont dotales. Néanmoins les créanciers héréditaires conservent leur action sur les biens provenant du défunt, et ils peuvent les saisir en pleine propriété, parce que la succession n'arrive à la femme qu'avec la charge d'en acquitter les dettes (Pau, 20 janv. 1861, D. 61. 5. 166 ; Nîmes, 6 mai 1861, S. 61. 2. 369 ; Cass., 26 juin 1907, D. 1910. 1, 402). Mais s'ils négligent de se faire payer sur les biens de la succession, ils n'ont pas d'action sur les autres biens dotaux de la femme (Toulouse, 17 mars 1851, D. 52. 2. 86, S. 51. 2. 411).

c. — *Quasi-contrats.*

1610. Refus du droit de saisir. — Par une assimilation inexacte des quasi-contrats avec les contrats, la Cour de cassation a jugé que « les motifs qui ont fait admettre une exception au principe d'inaliénabilité de la dot pendant le mariage sont inapplicables aux obligations quasi-contractuelles » (Cass., 3 mai 1893, D. 93. 1. 349, S. 93. 1. 365). La facilité de s'obliger sur la dot par des quasi-contrats a paru donner à la femme un moyen d'en disposer à son gré, par connivence avec des tiers, mais les quasi-contrats ne sont pas des faits volontaires de la part de celui qu'ils obligent (t. II, n° 811). Ce qu'il y a surtout de remarquable, c'est que l'arrêt ne distingue pas si le quasi-contrat (en l'espèce une *gestion d'affaires*) est l'œuvre de la femme ou celle d'un tiers (comp. Guillouard, t. IV, n° 1860). Il y a cependant un doute sérieux, car il s'agit de cas d'*enrichissement sans cause*, qui ont le caractère de faits illicites (voyez t. II, n°s 812 et 938). Comp. Jouitou, n° 150. Voyez aussi Agen, 26 janv. 1833, S. 35. 2. 159.

[1] Les arrêts cités au texte disent qu'il y a en ce cas *inexécution dolosive* d'un contrat. L'expression n'est pas exacte. Le dol consiste à tromper une personne pour la déterminer à contracter, mais l'inexécution d'une obligation antérieurement contractée n'est pas un dol, alors même que rien ne la justifie et que le débiteur s'abstient pour nuire à son créancier. Il y a alors un fait illicite, mais qui n'a pas les caractères du dol proprement dit, lequel est une tromperie servant à surprendre un consentement.

d. — *Emprunts autorisés par justice.*

1611. Renvoi. — On a déjà vu (ci-dessus, n° 1559) que le tribunal, au lieu d'autoriser la femme à aliéner son bien dotal, peut lui permettre de se procurer des fonds en empruntant de l'argent et en hypothéquant sa dot dans toutes les hypothèses prévues par l'art. 1558. Ces obligations sont évidemment valables et exécutoires sur les biens dotaux.

e. — *Obligations légales.*

1612. Application aux impôts. — Certaines obligations légales, qui existent de plein droit, grèvent les biens dotaux comme les autres. La jurisprudence en a fait l'application aux droits de mutation dus par la femme sur une succession à elle échue (Caen, 18 juin 1880, Dalloz, *Suppl.*, t. IV, p. 239, note 1, S. 81. 2. 1).

f. — *Frais de la séparation de biens.*

1613. Motif et portée de l'exception. — Enfin la jurisprudence a admis une dernière exception en faveur des avoués. L'avoué qui a occupé pour la femme *plaidant en séparation de biens* peut poursuivre son paiement sur les biens dotaux. On considère que ces frais ont eu pour but *la conservation de la dot*, et on ne distingue même pas si la femme a eu gain de cause ou non (Cass., 8 avril 1862, S. 62. 1. 1045; Cass., 5 févr. 1868, D. 68. 1. 58, S. 68. 1. 173). Mais cette exception n'est pas applicable aux séparations de corps, qui ont une autre cause et une autre utilité (Cass., 25 juill. 1865, D. 65. 1. 312, S. 65. 1. 340).

§ 9. — *De la séparation de biens judiciaire sous le régime dotal.*

1614. Sa forme ancienne. — En droit romain, la femme pouvait demander la restitution anticipée de la dot, quand le mari devenait insolvable, et c'est de là que dérive notre séparation de biens judiciaire (ci-dessus, n° 1161). Il n'est donc pas étonnant qu'elle se retrouve sous le régime dotal, comme sous le régime de communauté. L'art. 1563, qui l'établit, renvoie purement et simplement aux art. 1443 et suiv.

***1615. Observation.** — Comment la dot peut-elle être mise en péril sous un régime qui l'entoure de tant de garanties ? Ce péril peut pourtant se réaliser de plus d'une manière. On peut d'abord supposer que la dot consistait *en argent* et que le mari l'a encaissée sans en faire emploi au profit de sa femme ; il en est *débiteur*, et la femme court le risque de son insolvabilité. La même situation se présente encore quand les biens dotaux ont été estimés et que la propriété en a été transférée au mari ; celui-ci est encore *débiteur de leur valeur*.

Même quand la dot se compose de biens en nature, dont la femme conserve la propriété, il se peut que le mari la gaspille, si elle est *mobilière*, car il a le droit d'en disposer. Enfin les immeubles eux-mêmes, dont il a l'administration peuvent subir par sa faute des *détériorations matérielles*. Aussi les demandes en séparation sont-elles très fréquentes sous le régime dotal. Comp. ci-dessus, n° 1477.

1616. Question à examiner. — Grâce au renvoi contenu dans l'art.

1563, tout ce qui a été dit ci-dessus de la séparation de biens, pour ses causes, sa procédure, etc., devient applicable au régime dotal. Il suffit de s'y référer. Un seul point est à étudier ici : *quels effets la séparation produit-elle sur les biens dotaux* ? Tous ces effets, dont l'analyse suit, peuvent se résumer par cette double formule : *la femme est désormais séparée,* ce qui lui rend l'administration de sa dot, *mais elle reste femme dotale,* ce qui laisse subsister l'inaliénabilité de ses biens.

A. — Administration de la dot par la femme.

***1617. Restitution de la dot.** — La dot est restituée à la femme, comme elle devrait l'être si le mariage était dissous (voy. ci-dessous, nos 1642 et suiv.). Le mari perd donc tous les droits d'administration et de disposition qu'il possédait sur la dot. Remise en possession de sa dot, la femme l'administre désormais à la place du mari et c'est elle qui en touche les fruits et revenus.

***1618. Capacité de la femme.** — Pour cette administration, sa capacité personnelle est la même que celle qui appartient à une femme séparée de biens dans les cas ordinaires, c'est-à-dire celle qui lui appartient à elle-même sur ses paraphernaux. Elle peut passer des *baux,* toucher ses *loyers* et autres *revenus* et en donner quittance, etc. Elle peut même recevoir un *capital dotal* et donner mainlevée de l'inscription hypothécaire qui en garantissait le paiement (Rouen, 13 janv. 1845, D. 45. 4. 107). Voyez toutefois les arrêts de 1869 et de 1884 cités à la fin du n° suivant.

1619. Placement des capitaux dotaux. — Quand le mari restitue la dot à sa femme après la séparation, celle-ci reçoit souvent des sommes d'argent considérables, représentant soit une dot mobilière, qui lui avait été constituée en argent, soit d'autres sommes ayant le caractère dotal, telles que le prix d'un immeuble non remployé ou le montant d'une indemnité. La femme est-elle alors obligée de placer les sommes qui lui sont ainsi versées pour le règlement de ses reprises dotales ? Dans l'ancien droit, on l'obligeait à en faire emploi (Salviat, *Jurisprudence du Parlement de Bordeaux,* v° Dot, n° 14 ; Catelan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse,* t. II, liv. IV, chap. 26 ; Julien, *Éléments de jurisprudence,* liv. I, tit. IV, §§ 36-37). On considérait comme trop dangereuse pour la femme la liberté de conserver entre ses mains des sommes formant peut-être toute sa dot, à un moment où elle n'est plus garantie par l'hypothèque légale. Cependant la jurisprudence moderne, après beaucoup d'hésitation, a fini par *dispenser la femme de faire emploi, quand son contrat de mariage ne l'y oblige pas* (Cass., 21 mai 1867, D. 67. 1. 207, S. 68. 1. 452 ; Agen, 7 mars 1870, D. 70. 2. 130, S. 70. 2. 233). L'idée de la jurisprudence est que la séparation de biens a pour effet de substituer la femme à son mari pour l'administration de sa dot et que toutes les clauses relatives à l'emploi des deniers dotaux lui deviennent applicables comme elles l'étaient auparavant à son mari. En conséquence, quand le mari était tenu de faire emploi, la séparation de biens n'affranchit pas la femme de cette obligation (Cass., 13 déc. 1865, D. 66. 1. 19, S. 66. 1. 119) ; quand le mari ne pouvait recevoir les deniers « qu'à la condition de justifier de la suffisance de ses immeubles personnels [1] », la femme ne peut de même

[1] Cette clause est utile dans la pratique parce que, lorsque le mari possède des immeubles *libres d'hypothèques* en valeur suffisante au jour où il reçoit d'un tiers des deniers dotaux, la femme se trouve immédiatement garantie par la naissance d'une hypothèque légale à cette date à son profit. Voyez ci-dessus, n° 1558 *bis*.

les toucher qu'à la condition de fournir elle-même une garantie hypothécaire suffisante pour la libération de son débiteur (Cass., 18 déc. 1888, D. 90. 1. 350, S. 89. 1. 161. — Comp. Cass., 8 janv. 1877, D. 78. 1. 463, S. 77. 1. 104). Lorsque le mari avait la libre gestion des deniers, la femme a la même liberté ; cependant on a vu des tribunaux, en prononçant la séparation de biens, ordonner à la femme de faire emploi des sommes dotales qu'elle recevra ; mais la Cour de cassation a jugé que cette clause ne pouvait être opposée aux tiers ni engager leur responsabilité envers la femme (Cass., 26 juill. 1869, D. 71. 1. 169, S. 70. 1. 17). D'autre part, la condition d'emploi ordonnée par le tribunal n'est pas considérée comme contraire aux conventions matrimoniales (Cass., 14 mai 1884, D. 84. 1. 442, S. 85. 1. 61).

1620. Caractère des biens achetés en remploi. — La séparation de biens ne modifie pas davantage le résultat du remploi : l'immeuble ou le bien acheté par la femme est *paraphernal ou dotal de la même façon qu'il le serait, si le remploi était fait par le mari avant toute séparation.* On admet en effet que l'art. 1553, al. 1er, aux termes duquel l'immeuble acheté en remploi n'est pas dotal quand le remploi n'est pas ordonné par le contrat de mariage, s'applique aux deux époux sans distinction, parce que ses termes sont absolus (Cass., 12 avril 1870, D. 70. 1. 264, S. 70. 1. 185 ; Montpellier, 21 juin 1871, D. 71. 2. 175, S. 71. 2. 88).

1621. Économies faites par la femme. — Si la femme fait des économies sur les revenus de ses biens dotaux, quand ceux-ci dépassent les besoins du ménage et si elle en place le produit, les biens ainsi achetés par elle sont *paraphernaux* ; elle en dispose librement et ses créanciers peuvent les saisir (Cass., 24 nov. 1890, D. 91. 1. 425, S. 93. 1. 313).

1622. Exercice des actions. — Le mari ayant perdu le droit d'exercer les actions dotales du chef de sa femme, c'est nécessairement celle-ci qui agit, tant comme demanderesse que comme défenderesse, et sa capacité à cet égard est celle du droit commun.

B. — Effets de la persistance de la dotalité.

***1623. Nature véritable de la séparation.** — La séparation de biens ne détruit pas le régime dotal ; elle n'entraîne pas, comme pour la communauté, le remplacement d'un régime par un autre, car le régime dotal n'est lui-même qu'un régime de séparation de biens. A vrai dire, ce que nous appelons « séparation judiciaire » est sous ce régime *une simple restitution anticipée de la dot* ; sa fonction n'a pas changé depuis le droit romain, tandis que sur un autre terrain, pour des époux communs en biens, on a pu lui faire produire d'autres effets et étendre son rôle. Le jugement a donc uniquement pour but d'*enlever au mari les pouvoirs qu'il avait sur la dot* et qui étaient un danger pour sa femme ; mais il ne doit pas avoir pour but de priver celle-ci des garanties qu'elle avait cherchées dans la dotalité.

***1624. Existence des biens dotaux malgré la séparation.** — Ainsi l'inaliénabilité subsiste, comme le dit l'art. 1554, qui l'établit « pendant la durée du mariage ». Il y a donc lieu de distinguer encore, parmi les biens de la femme, ceux qui sont *dotaux* et ceux qui sont *paraphernaux,* quoiqu'ils soient désormais réunis entre ses mains et administrés tous ensemble par elle-même. Bien plus : la dotalité peut encore *frapper de nouveaux biens,* sa dot peut grossir ; par exemple, les successions et dona-

tions reçues par la femme seront dotales et inaliénables, si elle s'est constitué en dot ses biens à venir.

1° Inaliénabilité.

*1625. **Distinction.** — L'inaliénabilité dotale subsiste, mais *modifiée*, en sens divers : elle se trouve *amoindrie* par la suppression d'une de ses conséquences pour les immeubles et *aggravée* pour le régime appliqué à la dot mobilière.

1626. **Immeubles. — L'impossibilité d'aliéner ou d'hypothéquer n'est pas supprimée ; la femme ne peut encore le faire que dans les cas et sous les conditions réglées par la loi ou par le contrat de mariage. Par conséquent elle ne pourrait pas encore *ratifier une aliénation antérieure*, tant que le mariage durera.

Mais, comme la femme a repris l'exercice de ses actions, c'est à elle qu'il appartient désormais d'agir en nullité, et la prescription court contre elle (art. 1561). Toutefois la jurisprudence décide que la seule prescription que la loi fasse courir contre la femme après la séparation de biens, est la *prescription des droits réels*, et que l'art. 1561 ne s'applique pas à la *prescription extinctive* d'une action en nullité ouverte contre l'aliénation irrégulière d'un fonds dotal (ci-dessus, n° 1538, et ci-dessous, n° 1633). Malgré cette interprétation restrictive de l'art. 1561, il y a au moins une des deux prescriptions qui court contre la femme ; par suite les conséquences de l'inaliénabilité sont moins nombreuses, et on peut dire que cette inaliénabilité même est atténuée par l'effet de la séparation.

1627. **Meubles. — Pour les meubles, un effet inverse se produit : aliénables entre les mains du mari, ils cessent de l'être entre les mains de la femme, parce que la jurisprudence ne reconnaît pas à celle-ci le même pouvoir qu'à son mari. Elle décide que la femme qui reprend l'administration de sa dot après la séparation de biens, n'est pas comme lui libre d'aliéner son mobilier dotal ; la femme se trouve absolument liée par le principe d'inaliénabilité, *incapable de disposer de sa dot mobilière par des actes quelconques*. La différence entre le mari et la femme a été indiquée dès 1846, par le procureur général Delangle, dans une affaire où il s'agissait du droit qu'a le mari d'aliéner les meubles dotaux (Cass., 12 août 1846, D. 46. 1. 296, S. 46. 1. 602. — Voyez la citation dans D. 79. 1. p. 248, col. 1) ; mais la jurisprudence n'a eu que longtemps après [1] l'occasion d'appliquer cette règle à des aliénations de créances dotales consenties par des femmes séparées (Cass., 3 févr. 1879, D. 79. 1. 246, S. 79. 1. 353 ; Cass., 4 juill. 1881, D. 82. 1. 194, S. 82. 1. 212) [2].

[1] Voyez toutefois l'arrêt de Nîmes, du 21 juin 1821, signalé plus loin dans le texte.
[2] Signalons, comme un tempérament à cette jurisprudence, que la *remise* consentie

Cette jurisprudence est fondée sur l'idée que la séparation de biens ne fait pas cesser l'inaliénabilité, mais opère simplement *un changement d'administrateur* (voyez les motifs d'un arrêt de Grenoble du 24 mars 1821, S. chr. 6. 2. 391) et que par conséquent la dot mobilière doit rester tout aussi inaliénable pour la femme après la séparation qu'auparavant. Sous cette forme on trouve déjà la solution actuelle (nullité des aliénations mobilières consenties par la femme) admise dans un ancien arrêt de la cour de Nîmes, du 21 juin 1821 (S. chr. 6. 2. 437, *Journal du Palais*, t. XXIII, p. 441).

Toutefois elle est difficilement conciliable avec une autre jurisprudence déjà indiquée d'après laquelle la femme séparée se trouve *substituée au mari* pour l'administration de sa dot (ci-dessus, n° 1617). On peut dire seulement qu'il y aurait danger pour elle à conserver la liberté de disposer de sa dot mobilière, alors qu'elle n'aurait de recours contre personne après l'avoir gaspillée, tandis que cette même liberté laissée au mari est moins dangereuse pour elle, puisqu'elle aurait un recours contre lui, garanti par l'hypothèque légale en cas de détournement ou de dissipation. De plus, il y aurait inconséquence à autoriser *une femme dotale* à disposer librement de son mobilier, alors qu'on ne le permet pas *à la femme commune en biens* qui a obtenu la séparation de biens (ci-dessus, n° 1453). — Aubry et Rau ont varié d'opinion sur la question : après avoir admis d'abord que la femme séparée peut céder ses créances dotales, comme son mari aurait pu le faire (3e édit, t. IV, § 539, p. 518-519), ils se sont ralliés au système de la jurisprudence (4e édit., t. V, § 539, note 14).

1628. Tiers de bonne foi. — Malgré l'inaliénabilité dotale les tiers acquéreurs de meubles dotaux seront protégés contre la revendication de la femme toutes les fois qu'il s'agira de *meubles corporels*, par application de la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279).

2° Incapacité de s'obliger.

***1629. Maintien de la situation antérieure.** — La femme dotale séparée de biens reste *incapable de s'obliger sur sa dot,* tant mobilière qu'immobilière (Cass., 12 mars 1866, D. 66. 1. 178, S. 66. 1. 159). — Elle ne peut pas davantage employer ses deniers dotaux à payer ses créanciers ; les *paiements* qu'elle ferait ainsi seraient nuls (Cass., 11 mai 1859, D. 59. 1. 226, S. 59. 1. 481).

Elle ne peut pas *céder son hypothèque légale ou y renoncer,* en tant qu'elle garantit ses reprises dotales de toute espèce (Cass., 27 avril 1880, D. 80. 1. 431, S. 80. 1. 360).

1630. Saisissabilité d'une portion des revenus. — Comme la femme recouvre par l'effet de la séparation la libre disposition de ses revenus dotaux, on s'est demandé si ses créanciers ne pouvaient pas les saisir entre ses mains.

La jurisprudence a subi en cette matière des oscillations remarquables.

Période de saisissabilité absolue. — La Cour de cassation a commencé par juger que l'inaliénabilité dotale ne concernait que les fonds ou les capitaux, et non les revenus et intérêts, et que ceux-ci étaient aliénables et saisissables, aussi bien entre les mains de la femme après la séparation de biens, qu'auparavant entre les mains du mari (Cass., 9 avril 1823, D. 10. 353, S. 23. 1. 331, S. chr. 7. 1. 224 ; Cass., 28 mars 1827, D. 27. 1. 299,

par la femme dans un *concordat* est considérée comme rentrant dans les actes d'administration qui lui sont permis, et non comme un acte de disposition prohibé par la règle de l'inaliénabilité (Cass., 11 nov. 1867, D. 67. 1. 406, S. 68. 1. 17). Il est vrai que la Cour décide en même temps que, malgré le concordat, la femme conserve pour le surplus son action dotale inaliénable, au cas où le failli acquerrait dans la suite de nouveaux biens.

S. chr. 8. 1. 557). La Cour ne faisant point de distinction, ces revenus pouvaient être saisis *pour la totalité*.

Refus d'action aux créanciers antérieurs a la séparation. — La réaction contre cette doctrine absolue commença par se faire pour une catégorie particulière de créanciers. On jugea que les créanciers qui avaient traité avec la femme avant la séparation ne pouvaient pas saisir ses revenus dotaux, quand elle en reprenait la jouissance en qualité de femme séparée (Cass., 11 janv. 1831, D. 31. 1. 51, S. 31. 1. 3). Ce refus d'action était complet.

Limitation de l'action des créanciers postérieurs a la séparation. — Presque aussitôt après on se décida à *réduire*, même pour les créanciers qui traitaient avec la femme déjà séparée, la faculté de saisir les revenus dotaux. Toutefois on n'alla pas jusqu'à leur interdire entièrement la saisie : on se contenta de soustraire à leur action la portion de ces revenus qui est *nécessaire aux besoins du ménage*. L'*excédent* seul est *disponible* entre les mains de la femme et *saisissable* par ses créanciers. A vrai dire cette solution empêche la saisie dans beaucoup de cas, l'excédent saisissable est souvent nul et presque toujours faible. Les premiers arrêts qui ont statué en ce sens remontent à 1834 (Cass., 26 févr. et 1er déc. 1834, D. 35. 1. 122 et 177, S. 34. 1. 176 ; Cass., 6 janv. 1839, D. 40. 1. 69, S. 40. 1. 133). — Voyez aussi les considérants de deux autres arrêts (Cass., 4 nov. 1846, D. 47. 1. 174, S. 47. 1. 201 ; Cass., 28 juin 1859, D. 59. 1. 257, S. 59. 1. 666).

Tentative en faveur des créanciers antérieurs. — La question paraissait définitivement tranchée contre eux par l'arrêt de 1831 précité ; cette décision avait été suivie d'un certain nombre d'autres (voyez la jurisprudence indiquée dans Dalloz, *Tables*, 1845-1867, v° Dot, n° 230), lorsque quelques Cours d'appel essayèrent de les assimiler aux créanciers postérieurs à la séparation et de les autoriser à *saisir l'excédent des revenus* sur les besoins du ménage (Paris, 7 mars 1851, D. 51. 2. 195, S. 51. 2. 289 ; Paris, 15 juill. 1856, D. 57. 2. 121, S. 56. 2. 433 ; Aix, 20 juill. 1857, D. 58. 2. 1 ; Montpellier, 10 juill. 1860, D. 61. 5. 167, S. 61. 2. 156). Mais la Cour de cassation maintint la décision contraire (Cass., 28 juin 1859, D. 59. 1. 257, S. 59. 1. 666 ; Chambres réunies, 7 juin 1864, D. 64. 1. 201, S. 64. 1. 201). Cette dernière décision a fixé la jurisprudence ; il est désormais acquis que les créanciers antérieurs à la séparation de biens ne peuvent saisir *aucune portion des revenus dotaux, à aucune époque* (Paris, 11 juin 1896, D. 97. 2. 14, S. 96. 2. 261). — La solution qui a triomphé est pourtant regrettable : il n'est jamais bon d'autoriser un débiteur à ne pas payer ses dettes quand il en a le moyen ; de plus on fait ainsi produire à la dotalité un effet plus étendu que son principe, car elle est faite pour assurer au ménage les revenus dont il a besoin et elle sert ici à lui conserver un excédent reconnu inutile [1].

C. — Prescriptibilité de la dot après la séparation.

1° Histoire de la législation.

1631. Ancien droit. — Dans nos pays de droit écrit, on suivait la règle romaine, d'après laquelle toutes les prescriptions couraient contre la femme mariée qui avait obtenu la restitution de sa dot « propter inopiam mariti » ; on les faisait courir parce que la femme recouvrait alors l'exercice de ses actions, et il n'y avait plus de raison d'en suspendre le cours à compter du moment « ex quo actiones movere possit » (Code, *De Jure dotium*, liv. V, tit. 12, loi 30). Comp. Roussilhe, *Traité de la dot*, n° 433.

1632. Incident de la réaction du Code. — Lorsqu'on discuta le Code civil, comme le titre « Du régime dotal » fut ajouté au dernier moment et rédigé hâtivement, on oublia d'y parler de cet effet traditionnel de la séparation. Le Tribunat s'en aperçut et

[1] Cette jurisprudence est faite pour protéger les fruits et revenus dotaux non encore perçus ni encaissés par le mari ; mais une fois que ces fruits et revenus sont entrés dans le patrimoine du mari par la perception, ils sont saisissables (Guillouard, n° 1819 ; Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 1554, n° 159).

demanda qu'on fît mention du cas de séparation de biens pour faire courir la prescription contre la femme. La rectification fut immédiatement accordée (Fenet, t. XIII, p. 619 620). Malheureusement cette retouche a été faite d'une manière incomplète et il est resté quelque chose de la rédaction primitive des textes qui suspendaient *d'une manière absolue pendant le mariage* la prescription en ce qui concerne les biens dotaux. Leur rédaction actuelle a fait naître une difficulté sérieuse, pour l'étude de laquelle il faut distinguer deux hypothèses : 1° la *prescription extinctive de l'action en nullité* ouverte contre l'aliénation irrégulière d'un bien dotal ; 2° la *prescription acquisitive de droits réels* au profit des tiers.

1° Prescription de l'action en nullité.

1633. Position de la question. — Supposons que la femme ait aliéné un immeuble dotal pendant le mariage, dans un cas où l'aliénation n'était permise ni par la loi ni par son contrat de mariage. Elle possède une *action en nullité* pour faire tomber cette aliénation (ci-dessous, n° 1529).

Très certainement cette action ne se prescrit pas *entre les mains du mari* tant que rien n'est venu changer la situation normale du ménage. Mais ne commence-t-elle pas à se prescrire lorsque la séparation en a rendu l'exercice à la femme ? Ici nous rencontrons l'antinomie déjà signalée (ci-dessus, n° 1538) entre les deux art. 1560 et 1561 : l'art. 1560 dit qu'on ne peut opposer aux époux « aucune prescription *pendant le mariage* » : l'art. 1561, rappelant l'ancienne règle, dit que les biens dotaux deviennent *prescriptibles après la séparation de biens*. Il faut ou choisir entre ces deux textes ou trouver un moyen de les concilier.

1634. Jurisprudence. — D'après les arrêts, la séparation de biens reste sans influence sur la prescription de l'action en nullité (Cass., 1er mars 1847, D. 47. 1. 209, S. 47. 1. 180. ; Cass., 4 juill. 1849, D. 49. 1. 330, S. 49. 1. 283 ; Caen, 27 janv. 1851, D. 52. 2. 27, S. 51. 2. 428). La jurisprudence dit, comme argument principal, que la prescription décennale de l'art. 1304 repose sur une confirmation présumée, ainsi que l'indique l'art. 1115 : or aucune confirmation ne peut intervenir avant la dissolution du mariage, et il doit en être ainsi même de cette sorte de confirmation tacite qui résulte de la prescription. Quant à l'art. 1561, qui fait courir la prescription après la séparation de biens alors que l'art. 1560 la suspend d'une façon absolue pendant le mariage, la jurisprudence l'écarte en disant qu'on ne peut admettre une contradiction entre deux articles aussi proches. Il faut donner à la loi une autre interprétation en appliquant chacun de ces deux articles à une espèce particulière de prescription, et voici le départ qu'elle fait entre eux : l'art. 1560 s'occupe de la *prescription extinctive* de l'action en nullité ouverte contre une aliénation ; l'art. 1561 parle de la *prescription acquisitive* ou usucapion, c'est-à-dire qu'il vise le cas où celui qui possède l'immeuble dotal le tient d'une tierce personne ou s'en est emparé sans aucun titre. Ainsi entendu, l'art. 1561 ne modifie pas l'art. 1560.

1635. Réfutation. — Cette interprétation très ingénieuse n'a certainement pas été dans la pensée de la loi. La véritable explication a été donnée en 1840 par M. VALETTE (*Revue étrangère et française de législation*, t. VII, p. 241, *Mélanges*, t. I, p. 19). C'est l'effet d'une rectification incomplète des textes, lorsqu'on les remania, comme on l'a vu ci-dessus, n° 1632, sur la demande du Tribunat ; on a voulu conserver dans le droit nouveau la règle traditionnelle, qui nous venait de la loi 30, *De jure dotium*, et qui faisait courir la prescription contre la femme du jour où elle reprenait l'exercice de ses actions. L'art. 170 du projet (art. 1561 actuel) disait simplement : « Le fonds dotal est imprescriptible pendant le mariage, à moins que la prescription n'ait commencé auparavant » et l'art. 169 (art. 1560 actuel) ne parlait pas plus que lui de la séparation des biens. C'était un oubli évident, l'hypothèse d'une femme séparée n'avait pas été prévue ; et le remaniement du texte, fait sans discussion, ne peut avoir qu'un sens : on confirma purement et simplement la tradition des pays de droit écrit. Seulement, la correction matérielle n'a pas été complète, on ne s'est pas aperçu qu'il y avait lieu de modifier le membre de phrase de l'art. 1560 où il est dit qu'aucune prescription ne court pendant la durée du mariage. L'antinomie apparente des art. 1560 et 1561 est donc le résultat d'une erreur de rédaction.

Cette explication, qui donne la prépondérance à l'art. 1561, est confirmée par un renvoi qui se trouve dans l'art. 2255. Ce dernier texte, prévoyant spécialement l'aliénation irrégulière d'un fonds dotal, décide que la prescription ne court point pendant le mariage « conformément à l'art. 1561 », c'est-à-dire que l'action en nullité commence à se prescrire dès qu'il y a séparation de biens. L'argument tiré de l'art. 2255 a été contesté et on a prétendu qu'il contenait une erreur de numéro : on lit en effet dans la publication de Fenet (t. XV, p. 568) que l'art. 37 du projet (art. 2255 actuel) renvoyait à l'art. 174 du titre du « contrat de mariage » (art. 1560 actuel). Nos éditions du Code devraient donc porter 1560 au lieu de 1561 dans le renvoi que l'art. 2255 fait au titre du contrat de mariage ». Mais il est démontré aujourd'hui que le texte de Fenet n'est pas correct. Dans le projet présenté au Corps législatif (*Moniteur universel*, 17 ventôse an XII, p. 779) ainsi que dans le texte définitif promulgué au *Bulletin des Lois* (IIIe série, t. IX, p. 635), l'art. 37 renvoie à l'art. 175 du projet, qui est l'art. 1561 actuel. C'est donc FENET qui a commis une erreur matérielle (MONGIN, *Revue critique*, 1886, t. XV, p. 110).

1636. Défaut d'intérêt pratique de la question. — Très vivement débattue dans la doctrine, cette question n'offre que bien peu d'intérêt réel, car si l'on admet que la séparation de biens rend la prescription possible, celle-ci se trouvera néanmoins suspendue pour d'autres causes dans la plupart des cas. En effet la prescription ne court pas contre la femme mariée toutes les fois que son action est de nature à réfléchir contre le mari ; ceci écarte tous les cas dans lesquels le mari a pris part à la vente, car l'action intentée par sa femme ouvrirait au tiers évincé un recours contre lui ; malgré la séparation de biens, l'action de la femme restera donc imprescriptible (art. 2256-2°).

Il faut écarter de même les cas où la femme a vendu seule sans aucune autorisation, car il y a alors une double cause de nullité, l'inaliénabilité dotale et le défaut d'autorisation. Or l'action en nullité, qui résulte de cette seconde cause, ne commence à se prescrire qu'à la dissolution du mariage (art. 1304).

Il faut donc supposer des cas dans lesquels n'existe aucune cause de nullité étrangère à l'inaliénabilité et où d'autre part le tiers acquéreur n'ait aucun recours à exercer contre le mari. Aucune espèce de ce genre ne s'est encore présentée, et tous les arrêts que l'on cite statuent sur des cas où la prescription ne devait certainement pas courir pendant le mariage, soit parce que l'action de la femme aurait réfléchi contre le mari, soit parce que la femme avait vendu sans y être autorisée.

3° Prescriptions acquisitives ou extinctives de droits réels.

1637. Énumération. — Supposons maintenant qu'il s'agit d'une *prescription de droits réels*. Ce peut être une prescription *acquisitive au profit*

d'un tiers qui possède un immeuble dotal et prétend en devenir propriétaire, ou qui exerce simplement sur lui une servitude susceptible de s'acquérir par prescription. Ce peut être une prescription *extinctive* menaçant de s'accomplir au détriment de la femme, en lui faisant perdre un droit réel *par non-usage.*

*1638. **Effet de la séparation.** — En principe, toutes ces prescriptions sont déclarées impossibles pendant le mariage, à moins qu'elles n'aient commencé auparavant (art. 1561, al. 1er, et ci-dessus, n° 1541). Elles commencent à courir aussitôt que la séparation est prononcée (art. 1561, al. 2). C'est la règle empruntée à la loi 30, *De jure dotium.*

Il est à remarquer que *l'inaliénabilité* subsiste toujours, et qu'ainsi l'imprescriptibilité, qui en est la suite ordinaire, s'en trouve alors *séparée.*

1639. Motif. — Pourquoi cesse-t-on de protéger la femme séparée contre la prescription, alors que l'on continue à considérer sa dot comme inaliénable ? Il n'y en pas de bien bonne raison ; c'est une règle traditionnelle, qui remonte au droit romain, à l'époque où l'inaliénabilité était établie *contre le mari*, propriétaire de la dot, et contre les abus de l'influence qu'il pouvait exercer sur la volonté de sa femme. Tout ce qu'on peut dire pour justifier le maintien de la règle à l'époque actuelle, depuis que la dotalité *protège la femme contre elle-même*, c'est que la prescription, qui demande de longues années pour s'accomplir et qui laisse ainsi le temps de réfléchir et d'agir, est moins dangereuse pour la femme qu'une aliénation qui se consomme en un moment.

1640. Observation. — Les prescriptions qui se trouvaient suspendues, comme ayant commencé depuis le mariage, courent à partir de la séparation de biens, mais elles le font *sans effet rétroactif.*

D. — Effet de la séparation de corps.

1641. Suppression de l'autorisation maritale. — Une loi du 6 février 1883 a rendu à la femme séparée de corps la pleine capacité civile, en suspendant complètement la puissance maritale pendant la durée de la séparation. Cette loi a nécessairement sa répercussion sur le régime dotal. Quelle est la situation d'une femme séparée de corps pour l'aliénation de ses biens dotaux ? A-t-elle encore besoin d'autorisation, et quelle est cette autorisation, celle du mari ou celle de la justice ? Il faut répondre par une distinction. La femme séparée de corps n'est pas privée du bénéfice de la dotalité ; elle reste donc incapable de disposer de ses biens dotaux, mais l'autorisation du mari devient inutile parce qu'elle aurait le caractère d'un acte de puissance maritale sur la personne de la femme. Dès lors deux cas sont à distinguer :

1° Si l'aliénation était permise par le contrat de mariage, la femme, désormais capable, aliénera aussi librement qu'elle aurait pu le faire avec l'autorisation de son mari ;

2° En toute autre hypothèse, c'est-à-dire dans les cas prévus par les art. 1555, 1556, 1558 et 1559, l'autorisation de justice suffit, mais elle doit toujours être sollicitée.

§ 10. — *De la restitution de la dot.*

1642. Événements donnant lieu à la restitution. — Ces événements sont : 1° la mort de l'un des époux (art. 1564 et suiv.); 2° le divorce ; 3° la séparation de corps ; 4° la séparation de biens (art. 1563) ; 5° l'absence déclarée de l'un des époux (art. 123).

Toute restitution anticipée est nulle, et n'empêche pas la femme de réclamer sa dot une seconde fois, déduction faite de ce qui a pu tourner à son profit, par suite de ce qu'elle a déjà reçu.

A. — Preuve à fournir.

1643. Faits à prouver. — La femme ou ses ayants cause qui demandent la restitution de la dot doivent prouver deux choses : 1° la *réception de la dot par le mari* ; 2° la *consistance de la dot*.

1644. Preuve de la réception de la dot. — Cette preuve se fait différemment, selon qu'il s'agit d'une dot fournie par la femme elle-même ou d'une dot que le mari a reçue d'un tiers.

Dot fournie par la femme. — C'est le droit commun qui s'applique alors : *la femme doit produire un écrit*, c'est-à-dire une quittance donnée par le mari, et elle n'est admise à faire entendre des témoins qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit ou que l'écrit dont elle s'était munie a été perdu par cas fortuit (art. 1341 et 1502, al. 2). Les art. 1499 et 1510 ne sont pas applicables aux femmes dotales (Cass., 28 oct. 1908, P. et S. 1911. 1. 89).

Sur la clause du contrat de mariage portant que la célébration du mariage vaudra quittance de la dot, voyez ci-dessus, n° 863.

Dot reçue d'un tiers. — On est alors plus facile pour la preuve à fournir par la femme, parce qu'il lui a été impossible de retirer une quittance, puisque ce n'est pas elle qui a remis la dot au mari. Elle est donc autorisée à établir que le mari a reçu la dot *soit par témoins, soit par simples présomptions* (Caen, 10 janv. 1855, D. 55. 2. 152. S. 55, 2. 273. — Comp. Cass., 3 mars 1868, D. 68. 1. 155).

Cette dernière règle s'applique même aux successions dotales recueillies par la femme ; bien qu'ici la dot ait été constituée par la femme, ce n'est pas elle qui la livre au mari, et elle n'en peut pas retirer quittance (Cass., 2 mars 1886, D. 87. 1. 75, S. 89. 1. 319).

1645. Présomption légale. — Lorsqu'il s'est écoulé une durée de *dix ans*, la femme se trouve même dispensée de toute espèce de preuve ; la loi présume que le mari a reçu la dot (art. 1569). Les dix ans courent non pas du jour de la célébration du mariage, mais *de l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot* (même art.). L'art. 1569 ne distinguant pas, la présomption est applicable à la dot dont la femme était elle-même débitrice, aussi bien qu'à celle qui a pu lui être constituée par un tiers (Caen. 3 mars 1875, D. 77. 2. 133, S. 75. 2. 201). Voyez cependant Aix, 22 déc. 1898, D. 99, 2. 233.

Toutefois cette présomption n'est pas absolue ; si la femme peut réclamer sa dot sans avoir rien à prouver, la loi réserve au mari ou à ses héritiers la *preuve contraire*. Il leur est permis de prouver qu'ils n'ont rien touché en fait et qu'il n'y a aucune faute de la part du mari, parce qu'il a fait *les diligences nécessaires pour obtenir la dot*, et que ses démarches sont restées inutiles (art. 1569). Les tribunaux apprécient la nature des faits ; il n'est pas indispensable que le mari ait engagé inutilement une poursuite judiciaire ; des tentatives faites sous une autre forme peuvent être jugées suffisantes. On devrait même exempter le mari de toute restitution, bien qu'il n'eût fait aucune diligence, s'il pouvait prouver que le constituant était dès le temps du mariage dans un état notoire d'insolvabilité.

Cette présomption ne profite qu'à la femme ou à ses ayants cause. Le tiers constituant ne peut pas s'en servir pour établir qu'il a versé la dot ; il doit faire la preuve de sa libération selon le droit commun.

1646. Preuve de la consistance de la dot. — Comme le mari est tenu de faire inventaire, la femme peut prouver par toute espèce de moyens la nature et la quantité des biens recueillis par lui, s'il n'a pas eu la précaution d'inventorier le mobilier (art. 1562 et 600 cbn.).

B. — Mode et objet de la restitution.

1647. Biens dont le mari est devenu propriétaire. — Quand le mari devient propriétaire des biens constitués en dot, il ne doit pas restituer ces biens en nature, mais

seulement leur valeur, ou leur estimation, quand ils ont été estimés. Ils sont donc à ses risques, et il n'est pas libéré s'ils viennent à périr par cas fortuit.

1648. Biens dont la propriété reste à la femme. — Quand la propriété du bien reste à la femme, le mari le lui restitue en nature, dans l'état où il se trouve au jour de la restitution. Mais si ce bien a souffert une *détérioration* par la faute ou la négligence du mari, il en est responsable ; et réciproquement, s'il a reçu une *amélioration* par son fait, la femme lui doit une indemnité réglée selon les principes traditionnels : le montant total des déboursés, s'il s'agit de *dépenses nécessaires* ; la plus-value produite, si c'est une simple *dépense utile*. Il y a lieu de composer les sommes dont le mari peut se trouver de ce chef simultanément créancier et débiteur. Mais le mari n'est pas responsable des pertes ou détériorations fortuites.

Sur le droit de rétention à son profit, voir t. II, n° 2524-4°.

Voyez les art. 1566, 1567 et 1568, qui font l'application de ces différents principes. L'art. 1567 parlant de créances qui ont « péri » sans la faute du mari, doit s'entendre principalement du cas d'insolvabilité du débiteur, et peut-être aussi de l'annulation du titre. Le texte dit que le mari est quitte « en restituant *les contrats* ». C'est le langage de la pratique ; il s'agit des actes écrits qui constatent les contrats.

1649. Règle spéciale relative aux linges et hardes. — Par dérogation aux règles ci-dessus, l'art. 1566, al. 2, décide : 1° que la femme reprend non pas les effets qu'elle avait apportés en se mariant, mais ceux qui sont à son usage au jour où la restitution lui en est due ; 2° que le mari doit combler de ses deniers le déficit, quand il y en a un, et cela sans qu'il y ait faute de sa part. — Réciproquement, le mari n'a pas le droit de retenir l'excédent de valeur, quand les linges et hardes à l'usage de sa femme valent plus que ceux qu'elle avait apportés.

C. — Intérêts et fruits.

1650. Partage proportionnel de la dernière année. — Si les biens dotaux produisent des fruits, soit en nature, soit en argent, le mari en est comptable. Il peut garder tous ceux qui correspondent à la partie de l'année pendant laquelle le mariage durait encore ; il doit rendre tous ceux qui correspondent à une époque postérieure à sa dissolution ou au fait qui a rendu nécessaire la restitution de la dot (art. 1571).

En statuant ainsi, l'art. 1571 établit une règle spéciale au régime dotal, car d'après les principes de l'usufruit ordinaire, les *fruits civils* (loyers, intérêts, etc.) devraient seuls être acquis au mari jour par jour. En vertu de cet article, les fruits en nature eux-mêmes se distribuent de la même façon, sans qu'on ait à rechercher si leur perception a eu lieu avant ou après la dissolution.

Cette règle s'applique même aux fruits qui ne se perçoivent pas tous les ans, comme les coupes de bois. On en répartit la valeur par années, selon les intervalles des coupes, et c'est le chiffre afférent à l'année de la restitution qui se partage selon le principe de l'art. 1571.

Les années se comptent à partir du jour du mariage : le texte le dit (art. 1571, al. 2).

1651. Intérêts des sommes d'argent. — Pour savoir de quelle façon les intérêts courent au profit de la femme, il faut distinguer plusieurs hypothèses :

1° Mort de la femme. — Si le mariage se dissout par la mort de la femme, les intérêts courent *de plein droit* au profit de ses héritiers (art. 1570, al. 1).

2° Mort du mari. — Il en est de même au cas de mort du mari. La femme a droit immédiatement aux intérêts de sa dot, sauf au cas où elle préfère se faire nourrir aux frais de la succession du mari pendant l'an du deuil ; la loi lui en donne le choix (art. 1570, al. 2).

3° Divorce. — La solution donnée par la loi pour le cas de mort du mari doit être étendue au cas de divorce : du moment où la femme survit, elle n'a pas besoin d'agir pour faire courir les intérêts de sa dot.

4° Séparation de corps ou de biens. — Pour ce cas une difficulté s'est présentée pour fixer le jour servant de point de départ aux intérêts. Quelques arrêts les font courir

du jour du jugement (Cass., 28 mars 1848, D. 48. 1. 170, S. 48. 1. 354; Trib. Lyon, 16 janv. 1869, D. 69. 3. 29). Mais la doctrine qui les fait courir *dès le jour de la demande* paraît préférable, à cause de l'art. 1445 auquel renvoie l'art. 1563. En ce sens Agen, 29 avril 1868, DALLOZ, *Suppl.*, t. IV, p. 263, note 1, S. 68. 2. 129; Dijon, 3 déc. 1869, D. 70. 2. 161, S. 70. 2. 17. Voyez aussi ci-dessus, n° 1188-2°.

D. — Délai de la restitution.

1652. Biens dont la femme est restée propriétaire. — La restitution doit se faire *immédiatement*, lorsqu'il s'agit de biens dont la femme avait gardé la propriété (art. 1564). Il n'y a aucune raison pour que le mari les retienne après la dissolution du mariage, ne serait-ce que peu de temps; et il n'y a pour lui aucune difficulté à restituer des biens qu'il possède.

1653. Cas où le mari est débiteur d'une somme d'argent. — Dans toutes les hypothèses où la restitution doit avoir pour objet de l'argent, la loi accorde au mari *un délai d'un an* (art. 1565). On doit prévoir en effet le cas où le mari n'aurait pas le moyen de se procurer rapidement les sommes élevées qu'il a à payer; les particuliers ne conservent pas leurs capitaux chez eux sous la forme improductive du numéraire, et les biens en nature ne sont pas tous aussi facilement réalisables que des valeurs de bourse.

Le délai d'un an donné par la loi peut être allongé ou abrégé par des conventions particulières.

Le texte, au lieu de donner une formule générale, a procédé par voie d'énumération et indiqué les principaux cas où le mari doit se libérer en argent. Son énumération n'est pas complète, mais personne ne doute que la pensée de la loi ait été d'établir une règle en ce sens, applicable à tous les cas analogues. Voyez toutefois le numéro suivant, 1°.

1654. Exceptions à la règle. — Néanmoins le mari ne jouit pas toujours du délai d'un an établi par l'art. 1565. Il en est privé dans les deux cas suivants :

1° INDEMNITÉS DUES POUR PERTE OU DÉTÉRIORATION DES BIENS DOTAUX. — C'est *par sa faute* que le mari se trouve alors le débiteur d'une somme d'argent à la place d'un bien en nature, et il n'y a pas lieu par suite de lui accorder le bénéfice de l'art. 1565, qui suppose une dot consistant en argent dès l'origine ou transformée en argent par des faits réguliers.

2° SÉPARATION DE BIENS OU DE CORPS. — L'art. 1565 est un texte exceptionnel, qui a été écrit seulement *en vue du cas où le mariage est dissous* (voyez la fin de l'article). Il ne s'applique donc pas au cas de séparation de biens, le délai d'un an est inadmissible, puisqu'il y a urgence à enlever la dot au mari. On peut dire du reste que dans les deux cas le mari s'est mis *par sa faute* dans l'obligation de restituer la dot, et la combinaison des art. 1443 et 1188 conduit à lui retirer le bénéfice du terme dont il jouit dans le cas normal.

1655. Explication de l'art. 1572. — Le Code civil a supprimé l'*hypothèque privilégiée* que l'ancien droit accordait à la femme pour la restitution de la dot. Ainsi se trouve abolie, par l'art. 1572, la loi *Assiduis* (CODE, liv. VIII, tit. 18, loi 12), en vertu de laquelle la femme primait les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. Elle n'a plus actuellement qu'une hypothèque légale ordinaire, qui prend rang à sa date, sous le régime dotal comme sous les autres régimes (voyez t. II, n° 2814 et la note).

E. — Droits de viduité de la femme survivante.

1656. Énumération. — La loi lui accorde une double faveur :

1° OPTION RELATIVE AUX ALIMENTS. — *Quand elle a reçu une dot*, elle a le choix *ou de se faire payer les intérêts* de sa dot, comme il a été dit ci-dessus ou de *se faire fournir des aliments* pendant l'année du deuil, aux dépens de la succession de son mari (art. 1570, al. 2). Cette option lui crée un certain avantage, car les intérêts de sa dot peuvent être inférieurs à sa dépense annuelle.

La femme commune en biens n'a droit aux aliments que pendant trois mois et quarante

jours, mais elle les obtient gratuitement, tandis que la femme dotale les paye en quelque sorte par l'abandon des intérêts auxquels elle a droit.

2° Deuil et habitation. — Quelque parti qu'elle prenne pour les aliments, elle peut aussi se faire payer son deuil par la succession de son mari et se faire loger aux frais des héritiers pendant l'année qui suit (art. 1570, al. 2). A ce point de vue, elle est mieux traitée que la femme commune en biens qui n'a droit à l'habitation que pendant trois mois et quarante jours. — La loi suppose que la femme continue à habiter la maison où elle vivait avec son mari ; si cela lui est impossible, elle a droit à une indemnité pour son logement (Cass., 8 janv. 1890, D. 91. 1. 225, S. 92. 1. 380).

CHAPITRE IV

DES BIENS PARAPHERNAUX

§ 1. — *Détermination des paraphernaux.*

** **1657. Caractère de la paraphernalité.** — Tous les biens qui ne sont ni compris dans la constitution de dot, expresse ou tacite, ni subrogés par emploi ou par échange à des biens dotaux, sont paraphernaux; en d'autres termes, la paraphernalité est la règle (art. 1574)[1].

« Paraphernal » veut dire *hors la dot* (παρά, à côté, et φερνή, dot).

***1658. Les paraphernaux au cas de constitution dotale universelle.** — Quand la constitution de dot comprend tous les biens de la femme, présents et à venir, la femme peut encore avoir des paraphernaux, et cela pour deux causes différentes, dont la seconde est sujette à controverse.

1° Dons ou legs. — Si un tiers fait une libéralité à la femme par don ou par legs, à la condition que le bien qu'il donne ne sera pas dotal, cette clause est licite et efficace, car l'art. 1543 défend seulement d'*augmenter* la dot; il ne défend pas de la *diminuer*. Comp. ci-dessus, n° 1502.

2° Placements après la séparation. — Si la femme, après avoir obtenu la séparation de biens, fait ensuite un placement de deniers dotaux non sujets à emploi, le bien acquis par elle sera-t-il dotal? En principe, les immeubles achetés par la femme dans le cas où l'emploi n'était pas nécessaire ne sont pas dotaux, à cause de la disposition de l'art. 1553. Voyez ci-dessus, n° 1496-3°. Mais ne faut-il pas faire exception à cette règle pour le cas où la constitution dotale est universelle? Je croirais volontiers qu'en

[1] On voit des contrats de mariage stipulant que tous les biens de la femme présents et à venir seront paraphernaux (Riom, 2 déc. 1886, D. 88. 2. 7). Alors aucun bien n'est dotal et le régime adopté se ramène à une séparation de biens.

pareil cas l'immeuble acheté par la femme est dotal. Voyez en ce sens DUTRUC, *Traité de la séparation de biens*, n° 464. En sens contraire, BRÉSILLON, D. 69. 2. 1 ; REGNAULT, thèse, p. 163-164.

1659. La présomption « Quintus Mucius » dans le droit actuel. — La présomption de la loi « Quintus Mucius », dont il a déjà été parlé au n° 1425 ci-dessus, existe-t-elle encore sous l'empire du Code civil ? Prévoyant le cas où une femme qui n'a pas de biens personnels a fait une acquisition à titre onéreux pendant le mariage, Pomponius décide qu'on doit présumer que les moyens de faire cette acquisition lui ont été fournis par le mari ; autrement, il faudrait supposer que la femme a réalisé des gains honteux ; et il attribue l'origine première de cette décision à un jurisconsulte nommé Quintus Mucius [1]. Pomponius réglait au moyen de cette présomption une question de propriété entre les époux : le mari était présumé avoir fait une donation à sa femme, et comme cette donation était nulle de plein droit, le résultat était que les choses ainsi acquises par la femme *appartenaient au mari*. Cet effet ne pourrait plus se produire, puisque les donations entre époux sont permises par notre droit ; mais la présomption servirait encore à trancher une question de récompense : le mari serait présumé avoir fourni l'argent à sa femme, et il pourrait le lui réclamer, sauf à la femme à prouver que l'argent lui est venu d'une autre source. La loi « Quintus Mucius » était en vigueur dans notre ancien droit pour les pays soumis au régime dotal (ci-dessus, n° 1425) ; elle l'était également dans l'ancien Code sarde, ce qui lui a donné un regain d'actualité après l'annexion de la Savoie et du comté de Nice, car le statut matrimonial une fois fixé dure autant que le mariage et nos tribunaux en ont fait l'application à des gens mariés sous l'empire des lois sardes (Cass., 29 déc. 1863, D, 64. 1. 120, S. 63. 1. 11).

Mais sous l'empire du Code civil faut-il en tenir compte ? Quelques arrêts l'avaient écartée d'une façon absolue, parce qu'il n'existe pas de présomptions légales sans texte (Pau, 10 déc. 1832, S. 33. 2. 240 ; Agen, 30 janv. 1882, D. 83. 2. 41, S. 83. 2. 223). Mais la doctrine contraire prévalait généralement dans les Cours du Midi, entraînées par la force des traditions (Aix, 10 juill. 1862, D. 63. 2. 136, S. 63. 2. 9, et les renvois). La Cour de cassation avait d'abord concilié les deux solutions en admettant que la présomption de Quintus Mucius survit encore, mais à l'état de *simple présomption de fait* (Cass., 6 mars 1866, D. 66. 1. 126, S. 66. 1. 253 ; Cass., 22 janv. 1877, D. 77. 1. 214, S. 77. 1. 148). Plus récemment elle a rejeté en termes absolus toute idée de présomption (Cass., 18 mai 1897, D. 97. 1. 407, S. 1901. 1. 491).

Sur l'état du droit allemand, voyez MEULENAERE, *Code civil allemand*, p. 369, art. 1362.

§ 2. — *Gestion des biens paraphernaux.*

A. — Actes d'administration.

****1660. Droits de la femme.** — Sauf stipulation contraire, cette administration appartient à la femme, qui pour ses paraphernaux est réellement dans la situation d'une femme *séparée de biens* (art. 1576, al. 1er). Il faut lui appliquer tout ce qui a été dit ci-dessus pour la femme séparée (nos 1440 et suiv.).

[1] Voici le texte complet : « Quintus Mucius ait : cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro... ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius comprobasse » (DIGESTE, *De donationibus inter virum et uxorem*, liv. XXIV, tit. 1, fr. 51).

1661. Gestion du mari. — Il est possible que la gestion des paraphernaux ait été abandonnée au mari, et en fait la chose est assez fréquente (Riom, 2 déc. 1886, D. 88. 2. 7). Le cas est prévu par les art. 1577 et suiv., déjà expliqués à propos de la séparation de biens. Voyez ce qui est dit ci-dessus, aux n°s 1461 et suiv. Les règles sont les mêmes sous les deux régimes, qui, au fond, n'en font qu'un à ce point de vue.

B. — Perception des revenus.

****1662. Droits de la femme.** — En principe encore, c'est la femme qui touche les revenus de ses paraphernaux, à moins qu'elle n'en ait abandonné la jouissance à son mari expressément ou tacitement.

L'art. 1580 ajoute que le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier. Cet article ne peut s'appliquer qu'aux obligations de l'usufruitier après son entrée en jouissance, car on ne demande au mari ni de donner caution ni de faire inventaire.

1663. Contribution aux charges du ménage. — La femme dispose librement des revenus de ses paraphernaux. Cependant elle peut être contrainte d'en abandonner une partie à son mari. Ceci arrive lorsqu'elle ne s'est rien constitué en dot : comme tous ses biens sont alors paraphernaux, le mari supporterait seul les charges du ménage. L'art. 1575, al. 2, veut alors que la femme y prenne part *jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus*. Comp. art. 1537 et ci-dessus, n° 1432.

Il pourrait même arriver, si le mari n'avait rien ou si la dot était insuffisante, que la femme fût obligée de subvenir à ces charges en totalité, par application des art. 203 et 212 (Cass., 2 juill. 1851, D. 51. 1. 272, S. 51. 1. 509).

C. — Aliénation des paraphernaux.

1° Immeubles.

****1664. Nécessité de l'autorisation maritale.** — En l'absence de puissance maritale, en droit romain la femme pouvait aliéner librement ses biens paraphernaux, et cette règle s'était conservée dans nos pays de droit écrit, sauf dans les quatre petites provinces qui ressortissaient au Parlement de Paris (Lyonnais, Forez, Beaujolais et Mâconnais). Voyez ci-dessus, n° 1470-2.

Ce qui était jadis une exception est devenu la règle : l'art. 1567, al 2, exige absolument l'autorisation du mari ou, à son refus, celle de la justice.

1665. Clause d'inaliénabilité. — Les paraphernaux ne sont pas pour cela devenus inaliénables, puisque la femme peut être relevée de son incapacité par une autorisation. Serait-il possible de les rendre inaliénables par une clause insérée dans le contrat de mariage ? La question a été très controversée, et je crois l'affirmative au moins douteuse : l'inaliénabilité n'a été créée que pour la *dot*, c'est-à-dire pour les biens dont le mari avait la propriété et dont il a conservé au moins l'administration et la jouissance. Elle a pour but de protéger la femme contre le mari, et non pas de restreindre la part d'indépendance que la femme peut se réserver (comp. Challamel. *Revue critique*, 1880, p. 1). Néanmoins la tendance moderne est d'étendre indéfiniment l'inaliénabilité et on peut prévoir

que les paraphernaux en seront un jour susceptibles comme on l'a admis récemment pour les propres de la femme commune en biens. Voyez ci dessus, n° 804.

1666. Responsabilité du mari. — Il est aujourd'hui admis que le mari est responsable envers sa femme du remploi du prix de ses paraphernaux quand c'est lui qui en a autorisé la vente (Cass., 13 nov. 1861, D. 62. 1. 367, S. 62. 1. 741). C'est l'application au régime dotal de l'art. 1450 qui donne cette solution pour le cas de séparation conventionnelle.

2° Meubles.

***1667. Examen de la difficulté.** — Il semble que la femme ne puisse aliéner seule aucun bien paraphernal, pas plus mobilier qu'immobilier, car la disposition de l'art. 1576, qui exige l'autorisation du mari, parle en termes généraux des « biens paraphernaux ». Une restriction doit cependant y être apportée : l'aliénation du mobilier est nécessairement permise à la femme quand elle rentre dans les limites de son administration. Faut-il aller plus loin et permettre sans distinction l'aliénation du mobilier paraphernal ? C'est une question qui a déjà été examinée à propos des art. 1449 et 1536-1538, car elle se présente également pour la femme séparée de biens par contrat ou par jugement. Voyez ce qui a été dit à ce sujet ci-dessus, n°s 1451 et suiv.

L'opinion commune dans la doctrine admet que l'art. 1576 ne s'applique qu'aux biens immobiliers (Aubry et Rau, t. V, § 541, note 10). Signalons cependant l'opinion dissidente de Rodière et Pont, t. III, n° 2004, qui citent quelques passages peu concluants des travaux préparatoires. On sait que la jurisprudence ne reconnaît pas aux femmes séparées de biens la capacité nécessaire pour disposer seules de leur mobilier.

D. — Droits des créanciers.

***1668. Effets de l'incapacité de la femme.** — A partir du mariage, la femme est incapable de s'obliger sans autorisation, en dehors de l'administration de ses paraphernaux, et les contrats qu'elle ferait ainsi seraient annulables (art. 217). Au contraire, les obligations qu'elle a contractées avant le mariage sont valables et l'exécution en peut être poursuivie sur ses paraphernaux.

On demande s'il est nécessaire pour cela que le créancier soit porteur d'un titre ayant date certaine. Cette condition est nécessaire pour la saisie des biens communs ou des biens dotaux parce qu'il s'agit alors d'opposer la dette de la femme à son mari, qui est un tiers pour le créancier. Mais sur les paraphernaux, le mari n'a aucun droit, ni la jouissance, ni l'administration, et il s'agit simplement d'exécuter l'obligation entre les parties ; or l'acte sous-seing privé fait foi de sa date par lui-même contre son signataire (art. 1322). Le créancier n'a donc pas besoin d'un titre à date certaine pour saisir les paraphernaux. En cas de fraude, il reste seulement à la femme le droit de prouver l'antidate pour invoquer son incapacité de femme mariée.

E. — Actions en justice.

1669. Incapacité de la femme. — Rappelons en passant que la femme est incapable d'ester en justice, même quand elle est séparée de biens (art. 215). Elle ne peut donc exercer aucune action relative à ses paraphernaux sans l'autorisation de son mari et l'art. 1576, al. 2, lui défend en effet de « paraître en jugement à raison desdits biens ».

§ 3. — *Représentation de la dot par les paraphernaux.*

*1670. **Idée générale.** — Voici une théorie singulière qui a été créée par la jurisprudence depuis 1840 et surtout depuis 1857. D'après les arrêts, il existe une classe particulière de biens *intermédiaires entre les paraphernaux purs et les biens dotaux :* ce sont des paraphernaux, mais *qui contiennent en eux la valeur d'une dot mobilière,* laquelle est inaliénable et doit toujours se retrouver parce qu'elle conserve son caractère dotal. Il y a en quelque sorte inclusion de la dot mobilière dans un bien paraphernal, ce qui crée pour cette catégorie de biens une situation hybride tout à fait extraordinaire, souvent qualifiée *dot incluse.*

1671. Origine de la théorie. — Comment la jurisprudence a-t-elle été amenée à admettre une pareille combinaison? C'est l'effet des dispositions trop étroites de la loi, qui refuse le caractère dotal à un certain nombre de biens achetés par la femme avec les deniers dotaux ou à elle advenus aux lieu et place de l'argent qu'on lui avait promis en dot[1]. On a cherché à assurer la protection de la dot dans la mesure du possible en la suivant dans ses diverses transformations, même quand le caractère dotal n'est pas actuellement reconnu aux biens qui lui servent de placement.

Au reste, l'idée n'est pas entièrement nouvelle et notre ancien droit possédait déjà quelque chose d'analogue pour certains paraphernaux, qui étaient affectés d'une dotalité dite *subsidiaire.* Sur cette dotalité subsidiaire voyez les auteurs anciens cités en note dans Tessier, *Traité de la dot,* t. I, p. 219-220. La jurisprudence moderne a eu assez souvent l'occasion de s'en occuper encore jusqu'au milieu du xixe siècle (Cass., 12 févr. 1851, D. 51. 1. 73, S. 51. 1. 672; Toulouse, 20 févr. 1850, D. 50. 2. 98, S. 51. 1. 125; Grenoble, 18 août 1854, S. 55. 2. 91. — Comp. D. 54. 2. 203. note 6). Il était généralement admis que la dotalité subsidiaire avait été abolie implicitement par le Code civil, sous lequel la liberté de la propriété ne peut être entravée qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi (Merlin, *Répertoire,* v° Dot, § 10; Toullier, t. XIV, n° 128; Dalloz, note précite). C'est cependant à peu de chose près ce que la jurisprudence moderne a organisé.

A. — Série chronologique des cas d'application.

1672. Biens livrés par le mari en restitution de la dot. — La première hypothèse qui paraît avoir donné à la jurisprudence l'occasion d'appliquer son idée est celle où le mari, obligé de restituer la dot après la

[1] En droit romain ces difficultés ne se présentaient pas, puisque tout ce qui était acheté avec l'argent dotal était dotal.

séparation de biens, livre à sa femme un de ses immeubles en paiement de sa dot mobilière (Cass., 31 janv. 1842, D. 42. 1. 61, S. 42. 1. 110; Riom, 8 août 1843, D. 45. 2. 148, S. 44. 2. 590).

A cette première hypothèse on a plus tard assimilé le cas où la femme, créancière de son mari pour la restitution de sa dot, se rend adjudicataire d'un immeuble dont elle compense le prix avec ses reprises; la situation est la même que si elle l'avait reçu en paiement (Cass., 12 avril 1870, D. 70. 1. 246, S. 70. 1. 185; Montpellier, 21 juin 1871, D. 71. 2. 175, S. 71. 2. 88).

1673. Biens recueillis par la femme dans la succession du constituant. — La première affaire de ce genre s'est présentée en 1855, devant la Cour de Toulouse; une dot de 4 000 fr. constituée par un père à sa fille n'avait pas été payée et la fille dotée succédant en concours avec ses frères et sœurs reçut un immeuble « pour la remplir, disait l'acte de partage, tant de sa dot que de ses droits héréditaires ». Cet immeuble ayant plus tard été vendu, la femme demanda à prélever sur le prix le montant de sa dot par préférence à tous créanciers. La Cour de Toulouse le lui refusa (21 juill. 1855). Mais l'arrêt fut cassé et il fut jugé que l'immeuble ayant été donné à la femme en paiement de sa dot devait la contenir et qu'elle pouvait l'y reprendre (Cass., 1er déc. 1857, D. 58. 1. 71, S. 58. 1. 257; Agen, 4 mai 1858, D. 58. 2. 152, S. 58. 2. 373. — Comp. Cass., 3 juin 1891, D. 92. 1. 13, S. 94. 1. 4.; Cass., 26 nov. 1895, D. 96. 1. 313, S. 96. 1. 73).

1674. Biens livrés par le constituant en paiement d'une dot mobilière. — Cette hypothèse est analogue aux précédentes. Les biens reçus par la femme ne sont pas dotaux, mais ils représentent sa dot mobilière (Pau, 8 juin 1892, D. 94. 2. 315; Cass., 22 févr. 1905, D. 1905. 1. 241, et la note de M. Guillouard, S. 1906. 1. 337).

1675. Acquisitions faites au nom de la femme par le mari. — Des deniers dotaux, non sujets à emploi, sont placés par le mari au nom de sa femme; il importe peu que la femme achète elle-même ou que le mari achète pour elle. Je crois qu'en pareil cas on devrait décider que le bien appartient au mari. La convention tacite, que cet achat implique, est nulle. En effet, elle équivaut à une restitution anticipée de la dot, faite à l'amiable : c'est comme si le mari avait rendu à sa femme l'argent représentant sa dot mobilière et si la femme avait placé les fonds à sa guise et à son profit. En réalité les époux ont fait une chose qu'ils n'avaient pas le droit de faire. La Cour de cassation n'a pas aperçu cette objection, et elle a décidé que le bien ainsi acheté appartient à la femme (Cass., 19 déc. 1871, D. 72. 1. 77, S. 71. 1. 192; Caen, 29 nov. 1872, D. 74. 2. 107, S. 73. 2. 134). Ses motifs sont : 1° que l'art. 1553 tranche seulement la question de DOTALITÉ et non la question de PROPRIÉTÉ; 2° que l'art 1594 permet à tout le monde d'acheter, en dehors des cas où la loi interdit la vente, et que la vente fait

acquérir la propriété à celui qui achète ou qui est désigné comme acheteur.

1676. Acquisitions faites par la femme après la séparation de biens. — Les biens achetés par la femme séparée, avec ses deniers dotaux, ne sont pas dotaux quand elle n'est pas obligée d'en faire le remploi. On admet en effet que l'art. 1553 s'applique même à la femme, après la séparation de biens (Grenoble, 11 juill. 1857, D. 57. 2. 210, S. 57. 2. 549). Toutefois ces biens représentent la dot et sont insaisissables, même quand ce sont des meubles meublants (Cass., 1er août 1900, D. 1901. 1. 145, et la note de M. Bartin, P. 1901. 1. 497, et la note de M. Buchère, S. 1901. 1. 5, et la note de M. Lyon-Caen). Il était tout naturel que l'immeuble ainsi acheté par la femme fût considéré lui aussi comme représentant sa dot mobilière (Cass.,12 avril 1870, D. 70. 1. 264, S. 70. 1. 185).

B. — Conséquences pratiques de l'idée de représentation.

1677. Droit de jouissance du mari. — Quand la dot est représentée par un paraphernal, elle ne se trouve pas où elle devrait être : le mari devrait l'avoir entre ses mains et à sa disposition, et elle est dans la fortune paraphernale de la femme. On ne peut pas attribuer d'une manière directe au mari la jouissance d'un bien paraphernal; ce serait contraire à l'art. 1576. Du moins faut-il que la femme lui cède les revenus de son bien paraphernal, jusqu'à concurrence de la valeur de la dot qui s'y trouve contenue.

1678. Aliénation volontaire de l'immeuble. — En sa qualité de bien paraphernal, l'immeuble que possède la femme est aliénable. On doit donc admettre que la femme a le droit de le vendre à l'amiable et même qu'elle peut le vendre pour un prix inférieur à sa dot mobilière. On ne peut pas rendre ce bien indisponible, puisqu'il est paraphernal; de là, la liberté laissée à la femme et qui crée un véritable danger pour elle. Il a même été jugé que la femme, dûment autorisée, pouvait l'*aliéner à titre gratuit*, et il fallait bien aller jusque-là, étant donné le caractère du bien (Cass., 12 avril 1870, précité; Montpellier, 21 juin 1871, précité).

Cependant la jurisprudence, toujours soucieuse de protéger la dot, décide en même temps que la femme ne peut aliéner que sous réserve de la valeur dotale contenue dans l'immeuble, de sorte que, quand elle le donne, ou le vend à perte, le donataire ou l'acheteur se trouve tenu envers elle du montant de sa dot.

1679. Saisie par les créanciers. — Un bien paraphernal est toujours saisissable, mais quand il représente la dot mobilière, il ne peut être saisi que sous réserve de la valeur de cette dot. En conséquence, la femme est autorisée à reprendre sa dot sur le prix par priorité à tous créanciers (Cass., 27 févr. 1883, D. 84. 1. 29, S. 84. 1. 185; Paris, 7 mai 1895, D.

96. 2. 204)[1]. Pratiquement, l'excédent de valeur de l'immeuble sur la dot est seul exposé à la poursuite des tiers.

Dans le but de protéger la femme, la jurisprudence obligeait ordinairement le créancier qui veut saisir à prendre préalablement un engagement personnel : il devait s'engager à faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour garantir le recouvrement des valeurs dotales (Grenoble, 11 juill. 1857, D. 57. 2. 210, S. 57. 2. 549; Agen, 13 août 1891, D. 92. 2. 569, S. 93. 2. 97). Il y avait bien eu quelques arrêts dissidents (Montpellier, 21 févr. 1851, D. 54. 2. 203, S. 53. 2. 673; Toulouse, 24 févr. 1860, D. 60. 2. 64, S. 60. 2. 305), mais d'autres arrêts étaient allés plus loin encore et avaient exigé la consignation des fonds par le créancier saisissant (Montpellier, 18 févr. 1853, D. 54. 2. 205, S. 53. 2. 673; Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57. 2. 211, S. 57. 2. 547). La Cour de cassation, qui pendant longtemps n'avait pas eu l'occasion de confirmer ou de condamner cette jurisprudence, a statué le 22 février 1905 et déclaré que la femme n'avait pas le droit d'exiger aucune garantie du poursuivant (D. 1905. 1. 241, S. 1906. 1. 337).

En tous cas, il ne faut pas considérer le droit de la femme comme constituant une sorte de privilège (voyez cependant Regnault, thèse, 1894, p. 111); c'est plutôt une demande en distraction ayant pour objet une valeur que la saisie ne peut pas atteindre.

C. — Condition de publicité.

1680. Jurisprudence restrictive depuis 1891. — Faut-il admettre que cette espèce de dotalité particulière, étendue aux paraphernaux, sera opposable aux tiers, *même quand elle restera occulte*? Certaines Cours du Midi, pleines de cette idée que la conservation de la dot est une nécessité supérieure à tout, ont autorisé la femme à se prévaloir du caractère mixte de son bien, alors que son titre de propriété ne contenait aucune mention révélant aux tiers le danger (Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57. 2. 211, S. 57. 2. 547; Toulouse, 13 mars 1890, D. 90. 2. 343; Toulouse, 27 juin 1892, D. 93. 2. 188).

C'était *enlever aux tiers toute sécurité*. La Cour de cassation a pris plus de souci de l'intérêt public et, par deux décisions de 1891 et de 1895, elle a établi que la dotalité cachée sous la paraphernalité ne peut pas être opposée aux tiers si le titre ne les en avertit pas : il faut que l'immeuble passe dans le patrimoine de la femme en qualité de bien substitué à la dot mobilière; sinon il est paraphernal purement et simplement (Cass., 5 juin 1891, D. 92. 1. 13; Cass., 26 nov. 1895, D, 96. 1. 313, S. 96. 1. 73).

C'est un recul considérable sur les décisions de la jurisprudence antérieure.

[1] Ce prélèvement n'est autorisé qu'à la condition que la femme soit en état de prouver l'origine dotale des deniers qu'elle a employés à l'acquisition de cet immeuble (Cass., 29 déc. 1875, D. 76. 1. 444, S. 77. 1. 58).

Actuellement, la *quasi-dotalité* des paraphernaux représentant la dot mobilière est soumise *à une condition de publicité analogue à celle qui régit le remploi des véritables biens dotaux* : il faut que les tiers soient avertis, par des déclarations contenues dans l'acte, de l'origine des deniers et de l'affectation spéciale qui en résulte pour le bien ainsi acquis, afin qu'ils puissent suivre la dot à travers ses transformations successives. On peut presque dire que c'est un *simili-remploi*. — Voyez cependant Cass., 14 juin 1904, D. 1905. 1. 185, S. 1905. 1. 489, et la note de M. Naquet.

Conséquence en matière mobilière. — La condition de publicité exigée depuis 1891 ne peut pas être remplie quand l'argent dotal a été employé à des acquisitions mobilières ou remplacé par des meubles. Voyez sur ce point Rouen, 12 août 1904, D. 1907. 2. 169, et la note anonyme qui souligne la tendance de l'arrêt.

CHAPITRE V

DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS

1681. Bibliographie. — H. Tessier, *De la société d'acquêts suivant les principes de l'ancienne jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, 1829 ; 2e édit. par P. de Loynes, 1881.

****1682. Disposition du Code.** — A la fin du titre « Du contrat de mariage », on trouve l'art. 1581, qui permet aux époux, tout en se soumettant au régime dotal, d'établir entre eux une société d'acquêts. — C'est une application du principe de la liberté des conventions matrimoniales, écrit dans l'art. 1587 ; il y a alors combinaison des deux régimes. Cet article était utile pour lever des doutes qui auraient pu naître sur ce point.

***1683. Nécessité d'une stipulation expresse.** — La société d'acquêts est possible, mais elle n'est pas l'accessoire naturel du régime dotal. Il faut une convention spéciale pour l'établir. Jadis elle avait lieu de plein droit dans les coutumes de Bayonne, de Saintes, de Saint-Jean d'Angély et quelques autres (Tessier, n° 2). Mais presque partout il fallait la stipuler expressément (Attestations des avocats de Bordeaux de 1715 et de 1746, citées *ibid.*, n° 3).

1684. Origine. — Le Code n'a fait que conserver un ancien usage, qui paraît avoir pris naissance dans le ressort du Parlement de Bordeaux, mais qui s'était propagé dans presque tout le Midi et jusqu'en Provence. Cette habitude est très ancienne ; elle remonte peut-être jusqu'aux Wisigoths qui pratiquaient une sorte de société entre époux, composée des économies (Lex Wisigothorum, IV, n° 16 ; comp. *ibid.*, III, 1).

***1685. Utilité.** — L'habitude de « s'associer aux acquêts » comme on

disait jadis[1], corrigeait très heureusement un des vices principaux du régime dotal qui repose sur le principe de la séparation des patrimoines des époux et qui empêche la femme de participer aux économies et aux bénéfices qu'ils réalisent en commun.

1686. Fréquence. — On trouve la société d'acquêts dans près de la moitié des contrats qui adoptent le régime dotal : 4 560 cas sur 10 112 contrats en 1898 ; et plus peut-être, si ces chiffres sont faux (ci-dessus, n° 772).

****1687. Nature de la société d'acquêts.** — Autrefois cette société avait un caractère mixte : elle était gouvernée, en principe, par les règles des sociétés ordinaires, mais à certains égards, et principalement pour sa composition, elle ressemblait aux communautés coutumières. Le Code civil en a fait une véritable communauté à tous points de vue, car l'art. 1581 renvoie aux art. 1498 et 1499 qui réglementent la communauté d'acquêts, quand elle est choisie à titre principal, comme régime des époux.

***1688. Son caractère accessoire.** — Dans cette combinaison de deux régimes d'esprit si divers, des conflits naissent incessamment entre des règles opposées. Quel principe suivre pour les résoudre ? Il faut tenir compte des anciens usages, que la loi moderne a voulu conserver, et se guider aussi d'après cette remarque que la société d'acquêts jointe au régime dotal n'est qu'un accessoire, un correctif ; ce n'est pas elle qui représente la partie principale du régime des époux. Donc, en cas de conflit, ce sont les règles du régime dotal qui doivent l'emporter.

Une première observation se dégage de là : c'est que les biens de la femme conservent le caractère particulier qu'ils auraient, si la société d'acquêts n'existait pas : les uns sont *dotaux,* les autres sont *paraphernaux.* Chacune de ces deux catégories continue à suivre toutes les règles qui lui sont propres : les biens dotaux sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables, d'après les règles ci-dessus expliquées ; l'aliénation des biens paraphernaux reste libre.

Une seconde observation importante mérite l'attention : c'est qu'il y a une grande différence entre les cas dont nous parlons et celui où les époux ont adopté la communauté d'acquêts comme régime principal, et rendu ensuite inaliénables certains biens propres à la future, comme ils le peuvent (ci-dessus, n° 804) : un régime de communauté, accompagné d'une clause d'inaliénabilité pour tout ou partie des biens de la femme, n'est pas le régime dotal, et ce contrat échappe par suite aux règles spéciales du régime dotal, soit pour les pouvoirs du mari, soit pour la distinction des biens de la femme en biens dotaux et en biens paraphernaux.

[1] L'expression s'est conservée dans les contrats de mariage passés dans le Midi. Voyez D. 97. 2. 139, col. 2, art. 7.

A. — Composition de la société d'acquêts.

***1689. Administration et jouissance des biens dotaux.** — Cette administration et cette jouissance appartiennent au mari, cela n'est pas douteux ; mais à quel titre ? Est-ce comme chef de la communauté ? Est-ce en vertu de la constitution de dot ? La question a de l'intérêt, car ses pouvoirs ne sont pas les mêmes d'après l'art. 1549 et d'après l'art. 1428 : les règles du régime dotal lui donnent l'exercice des actions immobilières pétitoires et l'aliénation des meubles dotaux, qui ne lui appartiennent pas sous la communauté.

Comme ce n'est pas la société d'acquêts qui est l'objet principal du contrat, il est admis que le mari jouit des biens dotaux conformément au régime dotal[1].

1690. Administration et jouissance des paraphernaux. — Même question, et plus grave encore pour les paraphernaux ; si on décide de suivre les règles du régime dotal, la femme continuera à administrer seule ses paraphernaux et à en percevoir les revenus. Si on décide au contraire que la société d'acquêts doit avoir, comme la communauté d'acquêts stipulée à titre principal, la jouissance universelle des propres des époux, on fait passer les revenus et l'administration *des mains de la femme dans celles du mari.*

La solution est la même que pour la question précédente : on fait prévaloir le système du régime dotal que les époux ont préféré à la communauté ; la femme garde donc l'administration et la jouissance de ses paraphernaux (Riom, 31 janv. 1866, D. 66. 2. 219, S. 67. 2. 87). Il a même été jugé que l'administration de cette sorte de biens reste à la femme, quoiqu'il ait été convenu que les fruits et intérêts tomberaient en communauté (Cass., 14 nov. 1864, D. 65. 1. 137, S. 65. 1. 21). Cette jurisprudence est presque unanimement approuvée par les auteurs modernes. Voyez en sens contraire Colmet de Santerre, t. VI, n° 252 *bis* ; Laurent, t. XXIII, n° 591.

***1691. Actif de la communauté.** — Que reste-t-il dès lors pour former l'actif commun ? Uniquement les *économies* que chacun des époux fait sur les revenus des biens dont il a la jouissance. La différence n'est pas bien grande avec la communauté d'acquêts ordinaire, car dans un cas comme dans l'autre la communauté s'enrichit annuellement de toute la portion de revenus qui n'est pas consommée. Qu'importe après cela que les sommes employées aux dépenses annuelles soient réputées appartenir à la communauté ou au patrimoine propre des époux ? Ni elle ni eux n'en sont plus riches ou plus pauvres.

La clause qui attribue à la femme la libre disposition de tous ses biens non dotaux a-t-elle pour effet d'exclure entièrement le droit de la communauté sur les revenus des paraphernaux, de façon à laisser à la femme la propriété des économies qu'elle pourra faire et des biens qu'elle pourra acheter avec ces économies ? Il y a sur cette question deux arrêts en sens contraire, rendus à propos du même contrat de mariage (Cass., 17 nov. 1890, D. 91. 1. 477, S. 91. 1. 275 ; Bordeaux, 17 juill. 1895, D. 97. 2. 137, S. sous Cass., 97. 1. 165).

[1] Toutefois les *revenus* des biens dotaux, lorsqu'ils ont été attribués à la société d'acquêts, sont aliénables et saisissables (Cass., 27 mars 1893, D. 93. 1. 311). Voyez cependant Rennes, 9 mai 1895, D. 96. 2. 65.

1692. Acquisitions à titre onéreux. — Des difficultés s'élèvent parfois sur le caractère des immeubles achetés par la femme au cours du mariage, quand il y a lieu de remployer des deniers lui appartenant. Plusieurs distinctions s'imposent.

Si la femme possède des paraphernaux, et si l'acquisition est faite par elle avec ses deniers paraphernaux, le nouvel immeuble lui serait *propre* à titre paraphernal, pourvu toutefois que les déclarations d'origine des deniers et de remploi aient été faites conformément à l'art. 1434 (Cass., 5 mai 1905, D. 1907. 1. 316, S. 1906. 1. 195). A défaut de ces déclarations, l'immeuble serait *conquêt*.

Si l'acquisition a été faite avec des deniers dotaux, l'effet de l'opération est variable. — 1° Les deniers dotaux étaient-ils sujets à emploi d'après le contrat de mariage ? L'immeuble sera dotal, pourvu que le remploi ait été régulièrement opéré. Toutefois il ne devient dotal que jusqu'à concurrence de la somme dotale à remployer (Cass., 24 nov. 1852, D. 52. 1. 325, S. 52. 1. 798; Bordeaux, 13 mai 1872, S. 73, 2. 39). Quant au surplus, la nature de l'immeuble n'est pas fixée : les uns le déclarent *conquêt* pour l'excédent (Cass., 24 nov. 1852, et Bordeaux, 13 mai 1872, précités) ; les autres le considèrent comme paraphernal, si la femme a pu acquitter ce supplément de prix avec des deniers paraphernaux (Cass., 21 mai 1873. D. 74. 1. 69, S. 74. 1. 121). Comp., pour un cas particulier, Cass., 1er déc. 1886, D. 87. 1. 81, S. 88. 1. 145. — 2° Les deniers dotaux n'étaient-ils pas obligatoirement soumis à remploi ? La jurisprudence considère alors l'immeuble comme un *conquêt*, que l'acquisition ait été faite par la femme, ou par le mari agissant seul, ou par tous les deux conjointement (Riom, 16 janv. 1888, D. 90. 2. 36. — Comp. Cass., 5 mai 1905, D. 1907. 1. 316, S. 1906. 1. 195).

1692 *bis*. Acquisitions à titre gratuit. — Les dons reçus par la femme lui restent propres. Cette règle s'applique aux bijoux qui lui sont donnés à l'occasion du mariage; elle peut les reprendre en renonçant à la communauté (Lyon, 16 juill. 1909, P. et S. 1910. 2. 254.)

***1693. Passif de la communauté.** — Son passif est assez restreint. N'ayant pas l'usufruit des propres des époux, elle n'est pas tenue des dettes qui y correspondent, des dettes qui sont *charges des fruits* : ces dettes sont supportées respectivement par chacun des deux époux pour les biens dont il a la jouissance, par le mari pour ses propres et pour les biens dotaux, par la femme pour ses paraphernaux.

La communauté n'a donc à supporter, comme passif définitif, que les dettes correspondant aux biens qu'elle gagne, notamment celles qui ont pour objet l'acquisition ou la conservation des conquêts et des valeurs communes.

Soumise à l'administration du mari, la communauté est exposée à la poursuite de ses créanciers, qui acquièrent action sur les biens communs con-

formément aux principes ordinaires. Mais ces créanciers n'ont pas d'action contre la femme, quand elle ne s'est pas personnellement obligée envers eux, même quand il s'agit de dépenses faites dans l'intérêt du ménage, le mari seul étant chargé de pourvoir à ces dépenses à l'aide des biens dotaux (Trib. Seine, 3 août 1887, D. 88. 2. 263).

B. — Dissolution de la société d'acquêts.

* **1694. Application des règles du droit commun.** — La société d'acquêts du régime dotal est soumise aux règles de la communauté pour tout ce qui concerne ses causes de dissolution, sa liquidation, l'option de la femme[1], le règlement des récompenses, le partage, le règlement du passif.

1695. Règles spéciales. — Toutefois certaines règles du régime dotal reparaissent ici.

Droits de viduité. — Les droits de viduité de la femme, qui doit être traitée comme une femme dotale, sont réglés d'après l'art. 1570 et non d'après l'art. 1465.

Récoltes des biens dotaux. — Si une récolte se trouve sur pied sur un bien dotal au moment de la dissolution du mariage, on appliquera la règle du *partage jour par jour*, établie par l'art. 1571, et non pas le principe ordinaire de l'usufruit (art. 585). Voyez ci-dessus, n° 1518.

1696. Droits de la femme pour ses reprises contre les tiers. — Les auteurs s'embarrassent beaucoup d'une question particulière, qui ne paraît pas soulever de difficultés dans la pratique, car je ne connais pas d'arrêt qui y soit relatif. La femme possède une hypothèque légale inaliénable sur les biens de son mari et sur les conquêts ; on se demande si elle peut l'opposer aux tiers acquéreurs, en cas de vente de l'immeuble, et aux créanciers hypothécaires envers lesquels elle s'est obligée, au cas où l'immeuble n'a pas été vendu par le mari.

Il n'y a guère de doute pour la femme *renonçante* : elle conserve son hypothèque et peut l'opposer aux tiers, car elle n'a pu la compromettre par ses actes et elle est désormais étrangère aux obligations qui grèvent la communauté (Cass., 10 nov. 1847, D. 48. 1. 46, S. 48. 1. 25). Mais il en est autrement de la femme *acceptante* : beaucoup d'auteurs admettent que son acceptation emporte renonciation à son hypothèque légale, lorsqu'elle se produit après la dissolution du mariage. D'autres sont d'avis contraire ; d'autres veulent qu'on tienne compte des circonstances. Voyez sur ces difficultés Tessier, *Société d'acquêts*, n° 192, note 1 ; n° 226, note 2.

Sur la preuve à fournir par la femme qui veut retirer ses apports à l'encontre des créanciers, voyez Rouen, 26 mars 1892, D. 92. 2. 350. Cet arrêt exige de la femme un acte authentique par application de l'art. 560 C. com., le mari étant en faillite.

1697. Ancienne réserve des acquêts aux enfants. — Une clause jadis très usitée attribuait *en propriété* aux enfants à naître du mariage *la totalité des acquêts*, dont le survivant avait seulement l'usufruit. Les acquêts se trouvaient ainsi hors des atteintes du père ou de la mère survivante ; l'esprit du régime dotal, qui est l'inaliénabilité des biens, dominait cette espèce de communauté. Pendant quelque temps une jurisprudence assez considérable admit la validité de cette clause qui est aujourd'hui condamnée comme constituant un pacte sur succession future. Sur cette clause, qui était connue sous le nom de *réserve contractuelle des acquêts*, voyez Tessier, n°s 302 et suiv. Sur sa nullité actuelle, voyez Bordeaux, 18 août 1864, D. 66. 2. 219, S. 65. 2. 15 ; Bordeaux, 23 août 1865, D. 66. 2. 218, S. 66. 2. 81 et Tessier, *ibid.*, n° 417.

[1] A ce point de vue, il y a quelques différences entre l'ancien droit et le nouveau. Ainsi dans le ressort du Parlement de Bordeaux la séparation de biens faisait considérer la femme comme renonçante (Tessier, *Société d'acquêts*, n° 173). Il n'en est plus ainsi aujourd'hui.

DEUXIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

CHAPITRE UNIQUE

§ 1. — *Définition et ouverture de la succession.*

****1698. Définition.** — On appelle « succession » *la transmission du patrimoine entier d'une personne décédée à une ou plusieurs autres personnes vivantes.* La succession est donc un mode d'acquérir *par décès* et *à titre universel*[1].

Les personnes qui recueillent les biens du mort s'appellent « héritiers », en prenant ce mot dans son sens large ; on verra plus loin qu'il a un autre sens plus étroit.

Dans la pratique judiciaire, on appelle *de cujus* la personne décédée, en sous-entendant les mots « [de cujus] *successione agitur* ». Cette expression est tellement usuelle qu'elle a fini par passer dans la loi (art. 767 nouveau, texte de 1891).

Par une application dérivée de son emploi primitif, le mot « succession » désigne aussi l'ensemble des biens recueillis par les héritiers. Ainsi on dira « une riche succession, une succession mobilière ». Le mot s'applique donc tour à tour à la chose transmise et au fait de la transmission.

1699. Distinction. — Il y a deux sortes de successions : les unes sont *dévolues par la loi* et s'appellent « successions ab intestat » ; les autres sont *dévolues par la volonté du défunt* et s'appellent « successions testamentaires ». Elles ont beaucoup de règles communes. Néanmoins il est d'usage en France de réunir les testaments à la matière des donations et de les

[1] Tous les auteurs disent que le mot « succession » a un second sens, dans lequel il désigne toute transmission de biens ou de droits, même entre vifs et à titre particulier. Il est certain qu'on ne commettrait pas une faute de français en disant qu'il s'opère une « succession » entre vendeur et acheteur, entre donateur et donataire ; mais le mot « succession » ne s'emploie *jamais* dans de pareilles occasions ; on se sert des mots « cession » ou « transmission ».

séparer ainsi complètement de la matière des successions, avec laquelle ils étaient liés en droit romain : voyez la distribution de ces matières entre les titres I et II du livre III du Code civil. Nous ferons comme le Code et nous ne nous occuperons ici que des *successions ab intestat.*

***1700. Fondement du droit de succession.** — Le droit français règle la succession ab intestat d'après l'ordre présumé des préférences du défunt et de ses affections naturelles ; comme le disait Treilhard, dans son « Exposé des motifs », quand la loi trace un ordre de succession, elle « dispose pour ceux qui meurent sans avoir disposé » (Fenet, t. XII, p. 137). Comparez ce que disaient Bigot du Préameneu (*ibid.*, p. 14) et Chabot (*Rapport* au Tribunat, dans Fenet, t. XII, p. 170). On a donc pu dire, sans rien exagérer, que la succession ab intestat française est le *testament tacite* ou le *testament présumé du défunt.*

Mais cette idée philosophique est moderne[1] ; elle est fausse historiquement. La succession d'une personne à une autre a été organisée bien avant que le testament ne fût connu et pratiqué. Comme le dit M. Viollet, le droit successoral ab intestat est le fait primitif (*Histoire du droit français*, 2e édit., p. 817 et suiv.), et il paraît bien se rattacher à la communauté de famille dont il n'est que le prolongement.

D'autre part, même pour l'époque actuelle, l'affection présumée du défunt n'offre au droit successoral qu'une base insuffisante : entre parents en ligne directe, l'existence des *réserves* héréditaires, dont le défunt n'a pas pu disposer à son gré, prouve que la dévolution des biens d'une personne décédée est fondée en partie sur l'idée d'un devoir de famille qui empêche de dépouiller entièrement les enfants et descendants, et qui, en l'absence de ceux-ci, fait revenir en partie les biens du défunt, à ses ascendants. — Sur une distinction proposée entre les liens de famille et les liens de parenté, voyez A. Colin, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 261 ; et Vallier, thèse citée au n° 1780 ci-dessous, § 673.

****1701. De l'ouverture des successions.** — On appelle « ouverture » d'une succession le fait qui autorise les héritiers à prendre possession des biens de la personne décédée et qui leur en transmet la propriété. Actuellement, il n'y a plus qu'un seul fait qui donne ouverture à la succession, c'est la *mort naturelle* de la personne. Au temps du Code civil, il y en avait un autre, la *mort civile*, mentionnée dans l'art. 718. Mais la

[1] Elle a été exprimée par Grotius, *De jure belli et pacis*, liv. II, chap. vii, n. 3. Comp. Julien, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, 1778, t. I, p. 437. — Sur les controverses modernes relatives au fondement de l'hérédité ab intestat, voyez Cauwès, *Cours*, t. III, nos 995 et 996 et les publications signalées plus loin à propos du droit de tester. — Sur les idées des hommes de la Révolution en matière d'hérédité voyez la thèse de M. Vallier, citée au n° 1780. Ils considéraient les lois successorales comme ayant un but purement politique (Formules données par Mirabeau et par Robespierre, dans Vallier, § 256).

mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854, ce qui a rendu sans objet l'art. 719 qui s'occupait de cette cause d'ouverture[1]. Quant aux effets de l'absence, voyez ce qui en est dit ci-dessous en appendice, à la suite des successions.

Sur la manière dont se prouve le moment précis du décès d'une personne, voyez t. I, nos 503 et 520.

La détermination du moment exact de l'ouverture d'une succession est importante à un double point de vue :

1° *C'est à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer les personnes habiles à succéder au défunt.* Un peu plus tôt ou un peu plus tard peut survenir un décès ou une incapacité qui exclut une personne, ou une naissance qui introduit un nouveau membre dans la famille, et dans un cas c'est un ayant droit de moins, dans l'autre un ayant droit de plus, qui diminue la part des autres ou qui les prime peut-être entièrement.

2° *C'est à ce moment que commence l'indivision entre les héritiers et que remontera plus tard l'effet déclaratif du partage.* Un acte fait par l'un des ayants droit entre l'ouverture de la succession et le partage se trouvera validé si la chose qui en a été l'objet est plus tard mise dans son lot.

****1702. Lieu d'ouverture des successions.** — La succession s'ouvre *au dernier domicile du défunt* (art. 110). Comp. t. I, n° 563.

Ce point est très important, car c'est le lieu d'ouverture qui fixe la *compétence du tribunal* pour toutes les questions relatives à la succession, soit entre les cohéritiers, soit entre eux et les légataires ou créanciers (art. 822 C. civ. ; art. 59, al. 6, C. proc. civ.).

Il y a toutefois deux exceptions :

1° Les *demandes en matière réelle immobilière*, telles que les procédures de *saisie* et d'*ordre* et les *actions en revendication*, sont portées devant le tribunal de la situation de l'immeuble ;

2° Les *demandes formées par les créanciers après le partage* suivent la règle « Actor sequitur forum rei » et sont soumises au tribunal du domicile de chaque héritier. Il en est de même des demandes formées à une époque quelconque quand il n'y a qu'un seul héritier : celui-ci se trouve dès le début dans la même situation que les autres après le partage.

1703. Extinction des personnes morales. — On a déjà vu que les personnes morales ne *meurent* pas, ce mot ne pouvant s'appliquer à elles que par métaphore, et par conséquent la nouvelle attribution des biens qui s'opère alors n'est pas une succession (t. I, n° 3053). Voyez cependant ci-dessous ce qui est dit à propos des *substitutions* (ci-dessous, n° 3285).

1704. Importance des transmissions héréditaires. — Quelques chiffres donneront une idée de l'importance économique des successions. Sur 816 233 décès, il faut déduire ceux qui meurent sans laisser de fortune personnelle, tels que les mineurs

[1] Dans l'ancien droit, on connaissait encore une autre cause d'ouverture des successions, la *profession religieuse*. Elle a disparu pendant la Révolution, quand l'Assemblée constituante a déclaré ne plus reconnaître les vœux perpétuels.

et les indigents ; 418 382 déclarations seulement ont été faites, et les valeurs déclarées se sont élevées à 6 milliards 766 millions (*Annuaire de statistique*, 1900, p. 288-290). Comp. P. Leroy-Beaulieu, dans l'*Économiste français* du 6 octobre 1900, qui estime (d'après ces chiffres) la fortune totale de la France à 200 milliards. M. Yves Guyot l'évalue à 227 milliards (*Évaluation de la fortune privée de la France d'après les éléments fiscaux*. Mémoire lu à Berlin en 1903 à l'Institut international de statistique). Sur les diverses hypothèses faites de 1780 à 1889 pour ces évaluations, voyez Levasseur, *La population*, t. III.

§ 2. — *Des funérailles.*

1705-1°. Du permis d'inhumer ou d'incinérer. — Aux termes de l'art. 77, aucune inhumation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un *permis* spécial délivré par l'officier de l'état civil. Si le corps doit être incinéré, le permis ne peut être délivré que sur le vu d'un rapport fait par un médecin assermenté, commis par l'officier de l'état civil, et certifiant que la mort est due à une cause naturelle (Décr. 27 avril 1889, art. 17)[1].

La nécessité d'obtenir ce permis est une mesure de *police judiciaire*, utile pour la découverte des crimes. Si la cause de la mort est suspecte, l'officier de l'état civil doit avertir le parquet, et l'inhumation ne peut être faite qu'après qu'un officier de police judiciaire, assisté d'un médecin ou chirurgien, a dressé un procès-verbal de l'état du cadavre et de toutes les circonstances et renseignements qu'il aura pu découvrir ou recueillir (art. 81).

1705-2°. Du délai de l'inhumation ou de l'incinération. — La loi ne permet à l'officier de l'état civil de délivrer le permis que 24 *heures après le décès*.

Le motif de ce délai est le danger des inhumations trop précipitées, danger redoutable, malgré les précautions que l'on prend habituellement. De temps à autre, les journaux rapportent des exemples de personnes qui sont revenues à la vie étant déjà mises en bière ou même descendues dans la fosse.

C'est par erreur que quelques auteurs appliquent ce délai à l'inhumation elle-même. Il concerne en réalité la délivrance du permis, comme le prouvent : 1° la construction grammaticale du texte actuel ; 2° son rapprochement avec le texte du projet de l'an VIII (Fenet, t. II, p. 32, art. 57).

1705-3°. Mesures exceptionnelles au cas de maladie contagieuse. — Par dérogation au principe de l'art. 77, il y a lieu quelquefois de *hâter l'ensevelissement* des personnes décédées, lorsqu'elles ont succombé à une maladie contagieuse. L'officier de l'état civil peut alors faire procéder à la sépulture sans attendre l'expiration du délai fixé par le Code. L'art. 77 lui-même fait allusion à ces mesures exceptionnelles prescrites par les règlements de police. Un décret du 27 avril 1889 lui permet, en outre, d'ordonner la *mise en bière immédiate*.

1705-4°. Modes de sépulture. — Les modes de sépulture n'ont pas été réglés par le Code : à l'époque où il a été fait, on n'en pratiquait qu'un seul, l'*inhumation*.

[1] La délivrance d'un permis d'inhumer est nécessaire même pour les enfants mort-nés (Metz, 24 août 1854, D. 54. 5. 12 ; Paris, 15 févr. 1865, D. 65. 2. 138). Mais il y a quelque incertitude dans la pratique pour savoir quand ce permis est nécessaire au cas d'accouchement avant terme, que la loi n'a pas prévu. Certains arrêts exigent que les organes essentiels de l'enfant soient au moins formés, ce qui suppose cinq ou six mois de gestation (Agen, 7 août 1874, D. 75. 5. 175, S. 75. 2. 108 ; Cass., 7 août 1874, D. 75. 1. 5). Cependant une circulaire du préfet de la Seine, du 26 janv. 1882, veut qu'une déclaration soit faite à l'état civil à partir de six semaines.

L'inhumation était le seul procédé admis ; c'est le seul que réglemente le décret du 23 prairial an XII sur les cimetières[1]. Un nouveau mode de sépulture s'est répandu depuis lors : la *crémation*.

L'usage de brûler les cadavres est très ancien : il remonte aux temps préhistoriques. La crémation fut très pratiquée en Europe pendant la seconde partie de l'âge de bronze : l'âge de fer ramena l'habitude de l'inhumation. Les peuples de l'antiquité grecque et romaine employèrent à la fois les deux modes de sépulture ; toutefois les grands et les riches paraissent avoir préféré l'incinération. Celle-ci fut condamnée par le Christianisme et par l'Islamisme. En 1791, on songea vainement à y revenir. En 1822, le poète Shelley fut incinéré près de Livourne, par son ami lord Byron. Ce fut également en Italie que commença, vers 1857, le mouvement qui a ramené la crémation dans les habitudes européennes : les premières incinérations eurent lieu à Padoue en 1872, une à Dresde en 1874, d'autres à Milan en janvier 1876.

Réclamée en France dès 1879, l'incinération fut d'abord pratiquée, à titre d'essai, pour les débris humains provenant des hôpitaux. Puis la crémation a été autorisée par la loi du 15 novembre 1887, art. 3, qui cependant ne la nomme pas. Le texte dit simplement que le majeur ou le mineur émancipé peut déterminer « le mode de sa sépulture ». Cette rédaction a été adoptée afin de ne pas restreindre aux deux seuls procédés de l'inhumation et de l'incinération le choix des particuliers.

L'art. 29 de la loi du 17 juillet 1889 (loi de finances) a autorisé les communes à percevoir des droits pour le dépôt et l'incinération des corps.

1705-5°. De l'embaumement. — L'embaumement ne peut être pratiqué qu'avec une autorisation du préfet de police de Paris, dans son ressort, et du maire partout ailleurs. Pour les pièces à produire, voyez le décret du 27 avril 1889, art. 3.

1705-6°. Forme religieuse ou civile des obsèques. — Pendant longtemps les obsèques des personnes décédées ont eu *une forme exclusivement religieuse* ; c'est une des plus vieilles traditions de l'humanité : les rites funéraires ont été la principale cérémonie des cultes primitifs. Mais les progrès de la liberté d'opinion en matière religieuse ont amené un grand nombre de personnes ne pratiquant aucun culte à désirer pour leurs funérailles l'exclusion de toute cérémonie religieuse. Tolérés en fait sur beaucoup de points, les *enterrements civils* ont créé un conflit aigu en 1873, à une époque où le gouvernement de la France appartenait aux partis politiques formant la droite de l'Assemblée nationale. Le préfet du Rhône, en sa qualité de maire de Lyon, prit un arrêté en vertu duquel les enterrements qui se feraient sans la participation des ministres de l'un des cultes reconnus étaient soumis à des mesures de police vexatoires; notamment ils ne pouvaient se faire qu'à une heure insolite et devaient être terminés avant 7 heures du matin. Cet arrêté, qui a soulevé d'ardentes polémiques, était peut-être légal d'après la législation alors en vigueur, mais il ne pourrait plus être refait. La *loi municipale* du 5 avril 1884 (art. 93) avait déjà interdit toute distinction d'après le culte ou la croyance ; peu de temps après, une *loi spéciale*, la loi du 15 novembre 1887, est venue établir pour les funérailles un système complet assurant le respect de la volonté du défunt. Dans son art. 1er, elle décide que les honneurs à rendre aux défunts doivent leur être rendus, quel que soit le caractère des funérailles, civil ou religieux. L'art. 2 interdit aux autorités investies du pouvoir réglementaire de prendre aucune mesure, individuelle ou générale (par voie d'arrêté), tendant à faire une différence entre les citoyens, à raison du caractère civil ou religieux de leurs obsèques. Ces deux articles protègent les particuliers contre les *maires* qui pourraient être

[1] On a prétendu au Sénat, dans la discussion de la loi du 15 novembre 1887 citée plus loin, qu'en fait, l'inhumation n'a jamais été le seul procédé employé, puisqu'on a de tout temps pratiqué *l'embaumement* des corps, leur *immersion en mer*, et la construction de monuments funéraires élevés, dans lesquels les corps sont *déposés au-dessus du sol*. — Il eût fallu répondre que l'embaumement n'est qu'une opération préalable à l'inhumation, et que l'immersion n'a lieu que pour les décès survenus au cours d'un voyage maritime de longue durée. Quant au troisième procédé, il n'est qu'une application particulière de l'inhumation dans les caveaux maçonnés ou cimentés.

tentés de suivre l'exemple du maire de Lyon de 1873. Mais il y avait lieu de se préoccuper aussi des *familles*, qui souvent déterminent le caractère des obsèques contrairement aux intentions du défunt. Dans ce but, l'art. 3 de la loi permet à toute personne majeure, ainsi qu'au mineur émancipé, de régler elle-même la forme de ses obsèques, par un acte fait dans la forme des testaments. De la sorte, le respect des croyances individuelles est garanti par la loi jusque dans la mort.

1705-7°. Dispositions de dernière volonté relatives aux funérailles. — On vient de voir que la volonté du défunt est respectée soit pour le choix du mode de sépulture (incinération ou inhumation), soit pour le caractère civil ou religieux des obsèques. Avant 1887, l'expression de cette volonté n'était soumise à aucune forme déterminée et rien n'en garantissait l'observation. La loi sur la liberté des funérailles a réglementé toute cette matière. D'abord elle reconnaît ce droit au *majeur* et au *mineur émancipé, en état de tester*. Ces derniers mots signifient que ces dispositions doivent être prises par une personne *saine d'esprit*, condition exigée pour le testament (art. 901). Il est à remarquer que la loi accorde cette faculté à tout *mineur émancipé* ; or l'émancipation peut être faite par les père et mère dès que l'enfant a 15 ans révolus (art. 477), tandis que l'art. 903 ne permet pas au mineur de tester tant qu'il n'a pas 16 ans. Il existe ainsi une intervalle d'une année pendant lequel le mineur émancipé peut régler ses obsèques, sans pouvoir disposer de ses biens.

Dans la forme, la disposition relative aux funérailles est soumise aux règles des testaments ; elle peut donc se faire dans la forme *olographe*, ou par devant notaires. Elle est soumise aux mêmes règles que les testaments pour sa *révocation*. Mais ce n'est pas un testament; l'acte est donc valable, quoiqu'il ne contienne aucune des dispositions habituelles du testament. Il a son objet propre. Naturellement la même déclaration de volonté peut être insérée dans un testament véritable.

Le défunt a pu charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses volontés.

Sur la possibilité d'une *révocation tacite*, quand le défunt avait changé d'attitude et renoncé à se faire enterrer civilement, voyez Cass., 23 avril 1912, D. 1013. 1. 241, P. et S. 1913. 1. 213.

En cas de contestation sur les conditions des funérailles, la loi organise une *procédure rapide*, d'abord devant le juge de paix du lieu du décès, puis devant le président du tribunal civil, qui doit statuer dans les 24 heures (art. 4). L'art. 5 établit une *sanction pénale* contre toute personne qui aura donné aux obsèques un caractère contraire à la volonté du défunt ou à la décision judiciaire rendue comme il vient d'être dit.

Sur la loi de 1887 et sur le but alors visé par le législateur, voyez les objections et amendements repoussés par les Chambres dans Dalloz, 1887, 4, p. 101 et suiv., aux notes. Les dispositions écrites, prévues par la loi française, sont

souvent dangereuses, car le défunt a pu changer d'avis depuis lors et ne pas pouvoir les modifier avant de mourir. Voyez à cet égard Cass. belge, 3 juill. 1889, D. 1900. 2. 246.

* **1705-8°. Conflits entre membres de la famille.** — Quand le défunt n'a pris aucune disposition, c'est aux membres de la famille à régler soit la forme des obsèques, soit le lieu de la sépulture. Ces questions sont souvent une cause de discorde. Le droit de prendre une décision sur ce point appartient en propre aux membres de la famille ; ils l'ont de leur chef et ne le tiennent pas du défunt. Par conséquent, il n'y a pas lieu de s'attacher à l'*ordre successoral*. C'est ce que décide la jurisprudence, qui fait ordinairement prévaloir la volonté du conjoint survivant sur toutes les autres (Toulouse, 3 déc. 1889, D. 90. 2. 133 ; Cass., 19 juin 1908, D. 1908. 1. 312). Quelques arrêts se sont appuyés à tort sur la puissance maritale ; l'argument n'est bon que pour le mari survivant. C'est la communauté de vie et d'affection qui est la raison de cette prépondérance du conjoint, et on doit accorder le même droit à la femme, en cas de survie, qu'à son mari. Toutefois la jurisprudence n'admet pas la priorité absolue du conjoint (voyez Cass., 23 janv. 1899, D. 99. 1. 361, S. 99. 1. 233 ; Paris, 1er août 1899, S. 1903. 2. 73, avec la note de M. Perreau donnant le relevé de toute la jurisprudence [1]).

1705-9°. Lieux de sépulture. — En principe, les inhumations doivent être faites dans des terrains appartenant aux communes et spécialement affectés à cet usage sous le nom de *cimetières*. Les cimetières sont régis par une législation spéciale (Décr. 23 prairial an XII [12 juin 1804] modifié et complété le 7 mars 1808 ; Ord. 6 déc. 1843 ; L. 14 nov. 1881).

Les congrégations religieuses et autres établissements légalement reconnus peuvent posséder un cimetière pour leur usage particulier, en vertu d'un décret rendu sur le rapport du ministre de l'intérieur.

Un propriétaire peut toujours se faire enterrer dans son terrain, pourvu qu'il soit éloigné de 40 mètres au moins de l'enceinte (?) des bourgs et villes (Décr. de prairial, art. 2 et 14 cbn.).

Aucune inhumation ne peut être faite dans les édifices consacrés aux cultes (Décr. de prairial, art. 1er). On fait des exceptions pour les évêques, et quelquefois pour le curé d'une paroisse.

L'incinération ne peut avoir lieu que dans les édifices établis pour cet usage par les communes et sous la surveillance de l'autorité municipale. Les cendres doivent ensuite être déposées dans les lieux ordinaires de sépulture et ne peuvent être déplacées qu'en vertu d'une permission de l'autorité municipale (Décr. 27 avril 1889, art. 20 et 21).

1705-10°. Chambres funéraires. — Avant d'être incinérés ou placés dans le lieu définitif de leur sépulture, les corps peuvent être déposés dans des chambres funéraires établies par les communes. Sur les conditions dans lesquelles ces lieux de dépôt peuvent être construits, fermés ou utilisés, voyez Décr. 27 avril 1889, art. 5 à 9. Sur les caveaux

[1] Voyez aussi, sur le pouvoir des tribunaux en cas de conflit entre le conjoint et les parents, Cass., 24 mars 1902, D. 1903. 1. 295, S. 1903. 1. 391 ; Paris, 30 oct. 1902, D. 1904. 2. 207, S. 1903. 2. 8 ; Trib. de paix de Lyon, 13 juin 1906, et trib. civ. Vervins, 1er févr. 1906, D. 1906. 5. 47 et 48 ; Poitiers, 27 nov. 1905, D. 1907. 2. 60 ; Toulouse, 15 févr. 1906, D. 1908. 2. 353 ; Poitiers, 17 nov. 1907, P. et S. 1908. 2. 134 ; Cass., 18 juin 1908, P. et S. 1908. 1. 336. Comp. Dalloz, *Suppl.*, v° Cultes, nos 867 à 874.

provisoires, mis à la disposition des particuliers par les marbriers, voyez Paris, 29 juin 1896, D. 97. 2. 501, et Cass., 9 juin 1898, D. 99. 1. 111.

1705-11°. Translation des corps ou des cendres. — Sauf le cas de dépôt à la chambre funéraire, un cadavre ne peut être déplacé qu'en vertu d'une autorisation administrative donnée, selon les cas, par le maire ou le préfet (Décr. 27 avril 1889, art. 4). L'introduction d'un cadavre en France doit être autorisée par le ministre de l'intérieur (*Ibid.*, al. 2).

1705-12°. Bibliographie. — Roux, *Le droit en matière de sépulture*, 1875. — Daniel Lacombe, *Le régime des sépultures*, 1886. — A. Tissier, *La loi du 18 novembre 1887 sur la liberté des funérailles*, 1888.

CONDITIONS REQUISES POUR SUCCÉDER

1706. Énumération. — Les art. 725 à 730 exigent de toute personne appelée à recueillir une succession *ab intestat* trois « qualités » différentes, formant autant de *conditions*[1] qui doivent se trouver réunies *au jour de l'ouverture de la succession*. Le successible doit : 1° *être vivant* ; 2° *être capable* ; 3° *n'être pas indigne*.

Enfin on peut ajouter qu'il faut 4° *n'être pas primé par un successible préférable*. Sur cette dernière condition, que la loi n'énonce pas, il n'y a rien à dire, car elle résulte suffisamment de l'ordre établi entre les parents, selon leurs degrés et leur qualité, pour la dévolution héréditaire des biens ; mais c'est à elle que se rattache l'importante théorie de la *représentation*, qui modifie l'effet habituel de la préférence accordée à la priorité de degré.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXISTENCE DU SUCCESSIBLE

** **1706** *bis*. **Personnes exclues pour la première condition.** — L'existence d'une personne au profit de laquelle le droit puisse se fixer au moment où il s'ouvre est la première condition requise en matière de succession. Trois catégories de personnes se trouvent par là exclues :

1° *celles qui n'existent pas encore* ;

2° *celles qui sont déjà mortes* ;

3° *celles dont l'existence est devenue incertaine par l'effet de l'absence*.

§ 1. — *Des personnes non encore nées.*

A. — Enfant conçu.

** **1707. Rappel de la règle.** — On considère comme déjà vivant l'enfant qui n'est encore que conçu et qui n'est pas encore né, toutes les fois

[1] J'aime mieux dire « condition » que « qualité » ; peut-on appeler la *vie* une *qualité* ?

qu'il y va de son intérêt (t. I, n° 367). De là la règle de l'art. 725-1° : pour pouvoir succéder, *il suffit d'être conçu* au moment du décès du *de cujus*.

1708. Preuve de la date de la conception. — Comment pourra-t-on savoir si l'enfant était déjà conçu au jour de l'ouverture de la succession ? On a vu (t. I, n° 1377) que les art. 312, 314 et 315 établissent des présomptions légales qui fixent la durée de la grossesse à 179 jours au moins et 300 jours au plus. Ces présomptions sont faites pour déterminer la *légitimité* de l'enfant, qui dépend de la question de savoir si l'époque de sa conception peut se placer pendant le mariage de ses père et mère. Sont-elles également applicables *en matière de succession* ? Si on admet l'affirmative, comme une grossesse peut durer 300 jours d'après la loi, tout enfant né avant le 301e jour qui suit celui du décès du *de cujus* pourra succéder, car il peut se prétendre conçu avant l'ouverture de la succession.

Cas certain. — Il y a un premier cas où l'application de ces présomptions légales n'est pas douteuse : c'est *lorsque la légitimité de l'enfant est en jeu en même temps que la question de succession.* Ainsi un enfant est né dans les 300 jours qui ont suivi la mort de son père et vers la fin de ce délai : il est nécessaire d'appliquer la présomption de la loi pour le déclarer légitime ; mais en même temps la question de succession se trouve tranchée, car s'il est enfant légitime, il a succédé à son père. Les deux questions se confondent : « On ne peut contester la vocation héréditaire de l'enfant, sans contester en même temps sa légitimité » (Demolombe, t. XIII, n° 184).

Cas douteux. — Lorsque la légitimité de l'enfant n'est pas en jeu et qu'il s'agit d'une pure question de succession, la solution devient très discutable. Un enfant naît pendant le mariage de ses père et mère : un frère aîné meurt dans les 300 jours qui précèdent sa naissance ; cet enfant sera-t-il appelé à succéder pour sa part à son frère décédé ? Trois solutions sont en présence :

1° Si la loi n'a rien dit pour déterminer le moment de la conception, c'est qu'elle s'est référée aux art. 312 et suiv. Ces présomptions serviront donc en matière de successions et la preuve contraire ne sera pas possible, ces présomptions étant d'ordre public. C'est le système suivi en jurisprudence (Poitiers, 24 juill. 1865, D. 65. 2. 129, S. 65. 2. 275). Comp. Aubry et Rau, t. VI, § 592, note 3.

2° Divers auteurs, jugeant que les présomptions légales sont de droit étroit, pensent qu'elles ne sont pas applicables en l'hypothèse, mais ils décident en même temps que l'enfant pourrait se servir des chiffres donnés par le Code à titre de *simples probabilités* (présomptions de l'homme). On sait en effet que ces chiffres ont été établis après une étude scientifique de la question (t. I, n° 1376). Néanmoins il n'en résulterait qu'une preuve provisoire qui pourrait toujours tomber devant la preuve contraire (Demolombe, t. XIII, n° 183).

3° Enfin une interprétation plus rigoureuse écarte absolument, même comme simple présomption de fait, la durée assignée par la loi aux grossesses en vue des questions de légitimité. Ce serait alors à l'enfant, qui voudrait prouver que sa conception est antérieure à l'ouverture de la succession, à le prouver d'une manière directe et conformément au droit commun (Mimerel, *Revue critique*, 1854, p. 512 ; Laurent, t. VIII, p. 540)[1].

[1] Cette opinion serait peut-être la meilleure. En effet, les art. 312-315 ne disent pas que la grossesse dure 300 jours : ils admettent tout aussi bien qu'elle a pu ne durer que 179 jours pleins. Ils laissent donc indécise la question de savoir quelle a été en fait la durée de la grossesse, car ils admettent un maximum et un minimum, entre lesquels on peut choisir. Pourquoi appliquer à l'enfant l'un des deux chiffres plutôt que l'autre ? Aussi ces articles me paraissent absolument sans rapport avec la question de succession : ils fixent un *intervalle de temps* pendant lequel la conception a été possible, parce qu'en matière de légitimité, il suffit que la conception puisse se placer pendant le mariage pour que l'enfant soit réputé légitime. Mais en matière de succession, il ne suffit pas de savoir quand la conception a été *possible*, mais *quand elle a eu lieu*. Or c'est un point que les art. 312-315 ne résolvent pas, puisqu'ils n'assignent à la conception aucun moment précis.

B. — Enfant non encore conçu.

* **1709. Histoire de son exclusion.** — Une vieille règle, qui remonte au droit romain, veut que les successions s'ouvrent seulement *au profit des personnes qui ont déjà l'existence,* au moins à l'état d'enfants conçus *au moment du décès du « de cujus »*. Cette règle n'est que l'expression d'un fait historique : les biens d'un mort sont recueillis par ceux qui vivent au moment de son décès.

Les auteurs modernes la considèrent comme une règle logique qui « va de soi » (Maynz, § 375, texte et note 16). Nos anciens auteurs, voulant lui trouver une explication, la rattachaient à la maxime « Le mort saisit le vif » (Auroux des Pommiers, sur l'art. 299 cout. de Bourbonnais ; Ferrière, *Compilation,* t. IV, art. 318, glose 1, § 2 ; Pothier, *Successions,* art. prélim., chap. I, sect. 2, n° 1), ce qui était une erreur manifeste, puisque la conséquence serait bien antérieure à sa cause. Cependant un certain nombre d'arrêts anciens ont admis des enfants non-conçus à succéder à leurs ascendants, et le Parlement de Normandie s'est montré entre tous favorable à cette tendance[1]. A Paris même, en 1692, il a fallu toute l'influence de d'Aguesseau pour faire écarter de la succession un petit-enfant né 32 ans après le décès de son aïeul (D'Aguesseau, *Œuvres,* 1761, t. II, p. 311). Cet arrêt fixa définitivement la jurisprudence parisienne, et l'art. 725-1° n'en est que la consécration.

§ 2. — *Des personnes déjà mortes.*

(Théorie des comourants.)

1710. Existence de règles spéciales. — Sur les personnes déjà décédées avant l'ouverture de la succession, on ne devrait rien avoir à dire, sinon qu'étant déjà mortes, elles ne peuvent succéder (art. 725, al. 1). Quant à la date précise des deux décès, lorsqu'ils ont lieu à un intervalle rapproché, on en ferait la preuve par titres ou par témoins, comme on pourrait (ci-dessus, n° 1701) ; car il importe de savoir *lequel des deux parents est mort le premier,* afin qu'on sache lequel des deux a succédé à l'autre. Tout ceci aurait pu rester sans inconvénient sous l'empire du droit commun, mais il a plu au législateur d'édifier sur un cas particulier toute une série de présomptions légales, connues sous le nom de *théorie des comourants,* que nous sommes obligés d'étudier.

1711. Hypothèse prévue. — Plusieurs personnes, respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement (incendie, accident de chemin de fer, naufrage, tremblement de terre, etc.), sans qu'on puisse savoir laquelle est morte la dernière après avoir succédé aux autres. Selon que l'une ou l'autre aura survécu, la dévolution des biens peut se trouver complètement modifiée : par exemple, ce sont deux frères, qui n'avaient aucun parent au degré successible, mais tous deux étaient

[1] Sur tous ces points, voyez la thèse de M. Ed. Lambert, sur la *stipulation pour autrui,* p. 166 à 181.

mariés ; celui qui sera mort le dernier aura transmis à sa femme la succession de son frère en même temps que la sienne propre, tandis que la femme de l'autre ne recueillera rien que son droit d'usufruit et ses avantages matrimoniaux.

1712. Inutilité des présomptions de la loi. — Pour tout simplifier, la loi n'avait qu'à ne rien dire : alors, si la preuve de l'ordre des décès pouvait être rapportée, les successions auraient été réglées conformément au droit commun ; si cette preuve ne pouvait être fournie, la succession des deux comourants aurait été réglée *comme si aucun d'eux n'avait survécu à l'autre*, et chacune d'elles aurait été déférée séparément aux différents héritiers, abstraction faite de l'autre comourant dont la survie n'était pas démontrée. En effet toute personne doit fournir la preuve du droit qu'elle réclame : le conjoint du frère aîné ne pouvant pas prouver qu'il avait survécu à son frère plus jeune, ne pourrait recueillir que les biens de l'aîné ; et le même raisonnement s'appliquerait au conjoint du plus jeune frère.

Cette application du droit commun, à la fois simple et logique, se trouve écartée par le système de présomptions légales, qui forme la théorie des comourants.

1° Présomptions établies par la loi.

1713. Principe général. — La loi présume toujours que *c'est le plus fort qui a survécu*. Pour savoir qui était le plus fort, elle se règle à la fois sur l'*âge* et sur le *sexe* (art. 720).

1714. Division de la vie en trois périodes. — Les art. 721 et 722 partagent la vie en trois périodes :

1° Au-dessous de 15 ans. — Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, *le plus âgé* est présumé avoir survécu, car dans cette période les forces vont croissant.

2° De 15 a 60 ans. — C'est alors *le plus jeune* qui est présumé avoir survécu. Toutefois quand l'âge est le même ou que la différence n'excède pas une année, *l'homme* est présumé avoir survécu à la femme. C'est donc seulement entre personnes *du même sexe* ou *d'âge différent* (avec plus d'une année d'écart) que le plus âgé est considéré comme mort le premier.

3° Au-dessus de 60 ans. — Dans cette période les forces vont en décroissant, et la loi présume toujours que c'est *le plus jeune* qui a survécu, sans distinction de sexe, parce qu'il était le moins affaibli.

1715. Comourants appartenant à des périodes différentes. — La loi a prévu un cas : l'un d'eux avait moins de 15 ans et l'autre plus de 60. Le plus jeune sera censé avoir survécu au plus âgé, ce qui peut paraître bizarre, car un homme de 61 ans se défendra mieux contre l'incendie ou l'asphyxie qu'un tout jeune enfant, qui peut-être ne marche pas encore. On a sans doute voulu respecter l'*ordre normal des successions*.

Il reste deux autres combinaisons non prévues : l'un des comourants était dans la période intermédiaire et l'autre dans une des deux périodes extrêmes. L'opinion générale est que celui qui est dans la période intermédiaire est réputé avoir survécu parce que c'est l'âge de la force (Demolombe, t. XIII, n° 102. — Cass., 6 nov. 1895, D. 96. 1. 285, S. 97. 1. 9).

1716. Comourants jumeaux. — On tiendra compte de la différence de sexe, quand ils auront de 15 à 60 ans (art. 722). Mais s'ils ont le même sexe, ou s'ils se trouvent dans une des périodes extrêmes, ce sera le *premier né*, celui qui est venu au monde le premier, qui sera considéré comme le plus âgé ; on se fixe sur le moment de la naissance, quand il est connu. — Si l'acte de naissance n'indique pas lequel est l'aîné, les présomptions de la loi deviennent inapplicables puisqu'elles sont fondées sur une priorité d'âge qu'il est alors impossible de déterminer.

1717. Loi du 20 prairial an IV. — Cette loi, qui est rapportée en note dans les Codes Tripier sous l'art. 720, prévoyait le cas où plusieurs parents auraient été exécutés ensemble, sans qu'on puisse constater l'ordre des exécutions.

2° Application des présomptions de la loi.

1718. Conditions d'applicabilité. — En leur qualité de *présomptions légales*, les règles établies par les art. 721 et 722 sont d'*interprétation stricte* ; elles ne peuvent donc pas être appliquées si une seule des conditions énoncées par le texte fait défaut. Or, ces conditions sont au nombre de *trois* :

1° Vocation héréditaire réciproque. — L'art. 720 suppose qu'il s'agit de *personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre*. Ainsi, pour reprendre l'hypothèse déjà indiquée, si l'un des deux frères a des enfants, il sera bien appelé à recueillir la succession de son frère mort en même temps que lui, mais ce sont ses enfants qui recueilleront sa propre succession ; son frère ne lui succèderait pas. — En pareil cas, les présomptions relatives aux comourants deviennent inapplicables.

2° Succession ab intestat. — Par la place qu'ils occupent et par leur rédaction même, les art. 720-722 ne concernent que la succession ab intestat et non les testaments. Ils ne s'appliqueraient donc pas s'il s'agissait de recueillir un *legs* ou une *donation entre époux*.

3° Cause unique de mort. — Il faut que les comourants soient morts « dans un même événement », tel qu'un naufrage, un incendie, etc. Il faut donc que la cause de la mort soit *la même* ; il ne suffirait pas que les deux parents soient morts *en même temps de causes différentes*. — On considère un double assassinat commis sur les deux comourants comme un même événement au sens de l'art. 720 (Cass., 6 nov. 1895, D. 96. 1. 285, S. 97. 1. 9). Voyez toutefois Paris, 11 juin 1891, D. 92. 2. 533, S. 92. 2. 213.

L'une de ces conditions manquant, *on rentre dans le droit commun* : si l'on ne peut pas prouver lequel des deux est mort le premier, la succession de chacun d'eux est réglée comme si l'autre n'avait pas existé.

1719. Caractère subsidiaire des présomptions légales. — Même dans les cas prévus par les textes, les règles établies par la loi ne sont suivies qu'*à défaut de tout autre moyen de résoudre la question*. Elles ont été formulées comme dernière ressource, pour servir seulement en désespoir de cause. Toutes les *circonstances du fait* peuvent être invoquées, d'après l'art. 720, pour établir lequel est mort le premier : peut-être y a-t-il eu des témoins qui ont vu l'un d'eux surnager ou qui l'ont entendu appeler au secours plus longtemps ; l'état des lieux et l'examen des corps pourront aussi fournir d'utiles indications. On se servira de toutes celles qui seront relevées.

Pour désigner ces moyens d'appréciation, la loi s'exprime en termes aussi généraux que possible et les juges du fait exercent ici un pouvoir souverain (Cass., 21 avril 1874, D. 74. 1. 356, S. 74. 1. 349).

§ 3. — *Des absents.*

1720. Exclusion de l'absent. — Une personne qui est en état d'absence, déclarée ou même simplement présumée, au moment où une succession s'ouvre à son profit n'est pas appelée à la recueillir, ou, plus exactement son mandataire ou ses envoyés en possession ne sont pas autorisés à la réclamer de son chef : « Quiconque réclamera *un droit*[1] *échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue*, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert ; jusqu'à cette preuve il sera déclaré non recevable dans sa demande » (art. 135).

[1] Ce que dit la loi, en termes aussi généraux, s'applique non seulement aux successions ab intestat, mais aussi aux legs et donations subordonnés à la condition de survie. — On en tire en outre cette conséquence indirecte que l'absent ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.

1721. Dévolution des biens à son défaut. — Si l'absent était seul appelé à la succession, les biens passent à ceux qui devaient venir à son défaut ; s'il était en concours avec d'autres, les parts de ceux-ci s'augmentent d'autant (art. 136) (Cass., 8 mars 1904, P. et S. 1909. 1. 242 ; Nîmes, 22 mars 1909, P. et S. 1909. 2. 140).

Ceux qui recueillent ainsi la succession à la place de l'absent y viennent *de leur chef*, en vertu de leur propre vocation héréditaire et non pas en qualité d'envoyés en possession, ce qui produit plusieurs conséquences :

1° Ils ne sont pas obligés d'attendre l'expiration des délais de cinq ou de onze ans, avant lesquels l'envoi en possession ne peut pas être demandé (t. I, n° 624), et alors même que la succession dont il s'agit viendrait à s'ouvrir *pendant la période de présomption d'absence*, rien ne les empêche de recueillir *immédiatement* la part qui devait appartenir à l'absent.

2° *Aucune mesure de précaution ne leur est imposée*, tandis que les envoyés en possession sont obligés de donner caution et de faire inventaire. Controversée autrefois, cette question ne l'est plus aujourd'hui (Bourges, 17 janv. 1872, D. 72. 2. 31, S. 72. 2, 134 ; Dijon, 23 mars 1888, S. 88. 2. 240).

3° Ceux qui ont recueilli la succession à défaut de l'absent gagnent *tous les fruits perçus par eux de bonne foi* (art. 138), c'est-à-dire jusqu'au moment où ils apprennent l'existence de l'absent. S'ils étaient des envoyés en possession provisoire, ils seraient obligés de lui en restituer une partie.

4° Enfin l'action qui reste ouverte à l'absent, au cas où il reviendrait, et qui est la pétition d'hérédité, est *prescriptible* et l'art. 137 réserve formellement l'effet de la prescription au profit des héritiers présents qui ont recueilli les biens, tandis que la prescription ne court pas au profit des envoyés en possession provisoire, qui sont réputés simples *dépositaires* de la succession.

1722. Appréciation de l'état d'absence. — Des difficultés de fait peuvent s'élever sur le point de savoir si une personne, qui n'est pas présente au jour de l'ouverture de la succession, est réellement en état d'absence, si on suppose que son absence n'est pas encore déclarée. Pour que les art. 135 et 136 s'appliquent, il faut que l'existence de cette personne soit réellement *incertaine* ; s'il y a simple non-présence, ses droits seront réservés, et il y aura lieu de prendre pour elle les mesures conservatoires prescrites par la loi, savoir l'apposition des scellés et l'inventaire (art. 909-3°, 928, 931 et 942 C. proc. civ.). Si une contestation s'élève sur ce point entre les intéressés, le tribunal apprécie la question en fait, et sa décision est souveraine, sauf l'effet de l'appel ; la Cour de cassation n'a aucun contrôle à exercer ici (Cass., 21 nov. 1887, D. 88. 1. 165, S. 88. 1. 324). Observons seulement qu'il ne suffit pas que l'existence du prétendu absent soit *contestée* par quelques-uns des intéressés, dont les affirmations sur ce point sont nécessairement suspectes : il faut qu'elle soit devenue *réellement douteuse*. Les magistrats devront donc se montrer prudents pour ne pas compromettre les droits d'un héritier qui réside au loin, en attribuant sa part à ses cohéritiers présents, qui sont peut-être insolvables.

1723. Cas particulier. — Il est possible que la part de succession ainsi réservée à un héritier absent, dont l'existence ne paraissait pas encore incertaine au jour où la succession s'est ouverte, reste définitivement vacante et que le doute survienne sur son existence. En ce cas, la part qui lui avait été provisoirement attribuée ne doit pas être comprise dans l'envoi en possession qui sera plus tard prononcé par le tribunal au profit des héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ; elle doit faire retour à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, comme héritiers du défunt, si l'état d'absence avait été reconnu dès le début. L'envoi en possession n'a pour objet que les biens possédés par l'absent au jour de sa disparition, ou déjà ouverts à son profit à ce moment.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DE SUCCÉDER

A. — Incapacité actuelle.

1724. Cas unique. — Il ne suffit pas d'être *vivant*, il faut encore être *capable* de succéder. Il n'y a plus qu'une seule cause d'incapacité dans notre droit actuel : elle concerne les *enfants simplement conçus* au moment de l'ouverture de la succession *qui naissent ensuite morts ou non viables* (art. 725-2°). Lorsque l'enfant naît mort ou non viable, il est considéré comme n'ayant jamais eu d'existence ; on n'en tient pas compte. Sur la *viabilité* et ses preuves, voyez t. I, n°s 368 et 369.

Ceux qui réclament une succession échue à un enfant auquel ils ont eux-mêmes succédé ont à prouver deux choses : 1° que l'enfant était déjà conçu au moment où cette succession s'est ouverte ; 2° qu'il est né ensuite vivant. — Ils n'ont pas à prouver qu'il était viable : la viabilité, qui est l'état ordinaire, est présumée ; c'est à l'adversaire de prouver que l'enfant n'était pas viable.

B. — Anciennes causes d'incapacité.

1725. Énumération. — Il y avait autrefois des causes d'incapacité plus nombreuses, notamment celles qui frappaient les *morts civils* et les *étrangers*.

1° Morts civils.

1726. Système du Code. — D'après l'art. 725-3°, le condamné mort civilement (t. I, n° 373) ne pouvait plus succéder, et c'était là un des griefs les plus graves qu'on faisait contre cette pénalité : elle frappait des innocents, elle empêchait les enfants du condamné de recueillir une succession qui leur serait arrivée par son intermédiaire, elle en privait sa famille.

1727. État actuel. — Quand la mort civile fut abolie (L. 8 juin 1850, pour les déportés ; L. 31 mai 1854 pour les condamnés de droit commun), on frappa les condamnés aux peines perpétuelles de l'incapacité de recevoir *par testament*, mais *on laissa intacte leur aptitude à succéder ab intestat*.

2° Étrangers.

1728. Ancien droit. — Jadis les étrangers ou *aubains*[1] étaient inca-

[1] D'où vient le mot *aubain* ? On ne le sait pas, et on s'est livré à son sujet aux conjectures les plus hasardées. On a prétendu qu'il dérivait des mots *alibi natus*, ce qui est une mauvaise plaisanterie. Sa forme latine la plus ancienne est *albanus* ; Ducange en rapporte des exemples qui remontent au XIe siècle. Mais d'où vient *albanus* ? On a supposé que c'était le nom des Scots ou Ecossais, qui s'appelaient en effet *Albani*, et dont le nom se serait généralisé pour devenir synonyme d'étranger. C'est une hypothèse en l'air. Je crois cependant avoir trouvé la forme primitive du mot « aubain »

pables de succéder en France ; les biens qui auraient pu leur arriver par succession, venant par exemple d'un parent français[1], étaient attribués au roi par *droit d'aubaine*.

Cette rigueur avait été adoucie en faveur de certaines nations par des traités particuliers : les étrangers appartenant à ces nations pouvaient succéder sous réserve d'un *dixième* que le roi s'était réservé ; ce vestige du droit d'aubaine s'appelait « droit de détraction ». Droit d'aubaine et droit de détraction furent également abolis par la Révolution.

1729. Système du Code. — Le Code civil (art. 726) rétablit l'ancienne incapacité des étrangers, mais avec un double tempérament : 1° on laissait subsister tous les traités existants, et on permettait au gouvernement d'en conclure de nouveaux ; 2° l'étranger appartenant à un pays qui n'avait pas de traité avec la France pouvait toujours y acquérir le droit de succéder en se faisant autoriser à y établir son domicile (art. 13).

1730. Loi de 1819. — Outre ces facilités accordées aux étrangers, la Restauration crut devoir, dans un intérêt commercial, favoriser l'afflux et le séjour des étrangers en France et dans ce but elle fit voter une loi (14 juil- et 1819) qui leur rendait à tous et sans condition le droit de recueillir en France des successions ab intestat.

Toutefois l'art. 2 de cette loi contient une disposition importante destinée à protéger nos nationaux, au cas où le défunt laisse des héritiers les uns Français, les autres étrangers, et où ses biens sont situés partie à l'étranger et partie en France : il était à craindre que la loi étrangère n'autorisât pas les héritiers français à recueillir les biens situés à l'étranger, de sorte que les héritiers étrangers concourraient en France avec les héritiers français et les excluraient du reste de la succession. Mais les mesures prises pour éviter ce résultat appartiennent au droit international et ne peuvent être expliqués ici. Voyez Weiss, *Traité de droit international privé*.

---

dans le *Polyptyque d'Irminon*, qui est du VIe siècle. Dans ce livre, les femmes mariées à un habitant sont souvent appelées « N..., uxor ejus, advena ». Le mot « advena » remplace là les qualifications ordinaires de *lida, ancilla, colona,* qui figurent à chaque page du polyptyque. Voyez la 2e édition du *Polyptyque*, t. 1, p. 288, nos 54, 64, 66. C'est évidemment une femme venue du dehors qui est ainsi qualifiée, donc un cas *d'aubenage*. Maintenant comment *advena* a-t-il pu donner « aubain » ? De la façon la plus simple et conformément aux règles les plus certaines de l'étymologie. A l'intérieur des mots, le *d* disparaît fréquemment : créance, cruel, juif, jouir, fouir, louer, moelle, avaient tous un *d* en latin entre la première et la seconde syllabes. Quant à *v*, il se change souvent en *b* : brebis (vervex), corbeau (corvus), courbe (curvus). Au VIe siècle, on trouve encore Silbani, pribati, conserbando (Brachet, *Dictionnaire étymologique*). On peut donc tenir pour certain que la forme *albanus* du XIe siècle est une simple transcription latine du mot *aubain* déjà formé avec sa prononciation actuelle dans la langue courante.

[1] Si les biens provenaient d'un autre parent *étranger*, ils étaient attribués au Roi, en vertu d'une autre incapacité qui empêchait les étrangers de *laisser* une succession ab intestat, que leurs héritiers fussent étrangers ou Français.

CHAPITRE III

DE L'INDIGNITÉ

** **1731. Définition.** — L'*indignité* doit être soigneusement distinguée de l'*incapacité*. L'incapacité est établie pour des raisons générales, indépendantes du mérite ou du démérite de la personne ; l'indignité est *prononcée à titre de peine*, à raison de *torts graves envers le défunt et sa mémoire*. L'indignité suppose donc la capacité et est fondée sur des motifs *personnels à l'indigne*.

D'après cette définition, l'indignité ne s'applique qu'aux *successeurs ab intestat* C'est pour eux seuls qu'elle est faite. Quant aux *successeurs testamentaires*, ils ne peuvent être privés de leurs legs que par application des règles sur l'*ingratitude* (art. 955 et 1046 cbnés). Un arrêt a cependant jugé le contraire (Lyon, 12 janv. 1864, D. 64. 2. 66, S. 64. 2. 28), mais sa décision est universellement condamnée.

1732. Absence d'intérêt pratique. — Comme l'indignité est d'une extrême rareté, nous serons très brefs sur son sujet, bien qu'elle soulève quelques grosses questions théoriques.

§ 1. — *Historique.*

1733. Origines romaines. — L'indignité dérive de deux institutions romaines

1° L'*exheredatio*, qui était la possibilité pour le père d'enlever sa succession à ses enfants ; primitivement libres, les causes d'exhérédation avaient été énumérées d'une manière limitative par la Novelle 115.

2° L'*ereptorium*. Dans le silence du défunt, la loi écartait certains héritiers, quand ils étaient indignes de succéder : *De his quæ ut indignis auferuntur* (*Dig.*, liv. XXXIV, tit. 9).

1734. Ancien droit. — Ces deux institutions se retrouvaient dans notre ancien droit et se fondaient sur les mêmes causes : les faits qui autorisaient le défunt à exhéréder entraînaient l'indignité de l'héritier, de sorte que l'indignité n'était qu'une exhérédation tacite prononcée d'office par la loi. On en concluait que, si le défunt avait pardonné à son héritier, la loi ne pouvait plus l'écarter comme indigne, puisque son parent n'avait pas eu l'intention de l'exhéréder (Pothier, *Successions*, chap. Ier).

1735. Suppression de l'exhérédation. — L'exhérédation a été supprimée, parce qu'elle donnait lieu à des procès fréquents et scandaleux (Labruyère, *De quelques usages*, n° 58). Le testateur ne peut plus exhéréder à proprement parler ; il peut seulement donner ses biens à d'autres, quand il n'y a pas de réserve établie au profit de l'héritier : contre celui qui n'est pas réservataire, l'exhérédation est inutile ; contre le réservataire, elle est impossible.

1736. Modification subie par l'indignité. — L'indignité a seule subsisté, et encore elle a subi indirectement une modification : elle ne peut plus être considérée comme une exhérédation tacite ; ce n'est plus par interprétation de la volonté du défunt que la loi écarte les successeurs indignes ; par conséquent, il n'y a *plus de pardon possible* : l'autorité souveraine prononce une exclusion définitive au nom de la morale.

§ 2. — *Causes d'indignité.*

1737. Énumération limitative. — Trois faits seulement, énumérés dans l'art. 727, peuvent entraîner l'indignité. Ceci est une innovation du Code : dans l'ancien droit les juges étaient libres de prononcer l'indignité toutes les fois que bon leur semblait. Domat disait que les causes qui pouvaient rendre indignes étaient *indéfinies* (*Loix civiles*, 2e partie, liv. I, tit. 1, sect. 3, n° 2).

1° Attentat à la vie.

1738. Meurtre. — L'art. 727-1° déclare indigne « celui qui sera *condamné* pour avoir *donné* ou *tenté de donner* la mort au défunt ». Il faut une *condamnation*. Par suite, si le coupable meurt avant d'avoir été condamné, il n'y a plus d'indignité possible : la condition de la loi manque. Il en est de même quand l'action publique est *prescrite*.

La simple tentative est assimilée au meurtre accompli.

Le meurtrier qui bénéficie d'une excuse légale atténuante n'en est pas moins indigne, car il est condamné comme meurtrier volontaire.

1739. Homicide par imprudence. — C'est l'intention homicide qui est punie. Aussi n'y aurait-il aucune indignité encourue pour l'héritier qui aurait *involontairement* donné la mort au défunt, alors même qu'il aurait été condamné à raison de ce fait pour homicide par imprudence.

1740. Coups et blessures. — Il en serait de même du fait qualifié « coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner » (art. 309 C. pén. ; L. 13 mai 1863). Ce fait est également puni de *peines criminelles*, quand il y a eu guet-apens (art. 310 C. pén.). Cependant comme il exclut l'intention de donner la mort, il ne constitue pas la cause d'indignité prévue par l'art. 727.

1741. Mort donnée en duel. — Celui qui tue son adversaire a envisagé ce résultat comme possible ; il a donc donné *volontairement* la mort. Si une condamnation est prononcée contre lui, l'indignité en sera la conséquence civile.

2° Accusation calomnieuse.

1742. Définition et conditions. — L'art. 727-2° déclare indigne « celui qui a porté contre le défunt une *accusation capitale* jugée calomnieuse ». Le terme « accusation » est impropre : ce ne sont pas les particuliers, c'est le ministère public qui intente les accusations criminelles ; il fallait parler de « plainte » ou de « dénonciation », qui sont les actes par lesquels les particuliers s'adressent au ministère public pour l'inviter à poursuivre.

Le *faux témoignage* pourrait être assimilé à une accusation, dans le sens de l'art. 727.

Pour que l'indignité soit encourue, il faut que l'accusation soit : 1° *capitale* : c'est-à-dire de nature à entraîner la peine de mort ; 2° *jugée calomnieuse*, c'est-à-dire que l'héritier ait été condamné par la justice comme calomniateur.

3° Non-dénonciation du meurtre.

1743. Le texte. — La troisième cause d'indignité frappe « l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice » (art. 727-3°). Passons rapidement sur cette cause dont la jurisprudence n'offre pas d'exemple.

1744. Commentaire sommaire. — La loi ne vise que l'héritier *majeur* ; le

mineur est donc dispensé du soin de dénoncer le meurtre et il en sera de même de l'*interdit*. La loi veut qu'on dénonce le fait du meurtre, et non le meurtrier qui peut être inconnu. Aucun *délai* n'est fixé ; ce sera donc une *question de fait* que de savoir s'il y a eu négligence coupable. — Enfin la loi *dispense de cette obligation*, et par suite de l'indignité qui la sanctionne, certaines personnes qui touchent de près au meurtrier. Voyez l'art. 728.

1745. Loi italienne. — En *Italie*, cette cause d'indignité a été supprimée et remplacée par une autre : est indigne l'héritier qui a forcé le défunt à faire un testament en sa faveur ou qui l'a empêché d'en faire un en faveur d'autrui (art. 727-3° et 4°).

§ 3. — *Comment se produit l'indignité.*

1746. Jurisprudence. — Il est admis en pratique que l'indignité se produit *de plein droit* et qu'il n'est pas besoin de la faire prononcer par jugement. Il en est ainsi tout au moins dans les deux premiers cas ; le troisième ne s'étant jamais présenté (Bordeaux, 1er déc. 1853, D. 54. 2. 157, S. 54. 2. 225 ; Poitiers, 25 juin 1856, D. 56. 2. 195). Elle est la conséquence légale des faits prévus par la loi, qui dit en termes impératifs : « *Sont indignes* de succéder... » (art. 727). Cette solution n'est guère admise en doctrine que par Laurent (t. IX, nos 12 et suiv.). Comp. Dalloz, *Répert.*, v° Successions, n° 145. Elle a le grand avantage de supprimer presque toutes les difficultés du sujet.

1747. Doctrine. — Presque tous les auteurs condamnent cette jurisprudence et soutiennent que l'indignité ne peut produire effet que si elle a été spécialement prononcée par une sentence du juge. Voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Successions, n° 106. Ils donnent deux arguments.

1° *La tradition.* En effet Lebrun, Pothier et bien d'autres admettaient la nécessité d'un jugement. Mais pourquoi ? C'est que de leur temps les *causes d'indignité n'étaient pas déterminées.* Il était donc nécessaire de faire apprécier la gravité des faits par un tribunal qui « prononçait » l'indignité. Aujourd'hui que les causes sont énumérées et précisées par la loi, on ne voit pas ce que viendrait faire une sentence du juge. L'argument tiré de la tradition ne porte donc pas. Voyez cependant Trib. de Marmande, 25 juin 1879, D. 81. 3. 85.

2° *La nécessité de faire intervenir le juge dans le troisième cas d'indignité.* Il s'agit de décider si l'héritier est réellement coupable de n'avoir pas dénoncé le meurtre de son parent : une pareille faute comporte une appréciation que la justice seule peut faire. — En admettant même que cela soit nécessaire, il n'y a aucune raison pour qu'il en soit de même dans les deux premiers cas (les seuls pratiques) dans lesquels il existe déjà contre l'héritier indigne une sentence le condamnant pour meurtre ou pour dénonciation calomnieuse.

1748. Conséquences du système de la doctrine. — Le système

préconisé par les auteurs soulève diverses difficultés. Nous n'examinerons que les deux principales, et brièvement, puisque la jurisprudence les écarte dans la pratique.

1° *Quel sera le tribunal compétent?* Ce ne peut être qu'un *tribunal civil,* soit celui du domicile du défendeur, soit celui du lieu d'ouverture de la succession, si la question se présente incidemment à une demande en partage. On ne peut pas donner compétence à cet effet au tribunal répressif qui condamnera l'héritier pour meurtre ou dénonciation calomnieuse, parce que les tribunaux de répression ne peuvent statuer que sur l'*action civile,* action en dommages-intérêts accordée à la victime du délit, et que la demande en déclaration d'indignité est toute différente.

2° *Un jugement peut-il prononcer l'indignité après le décès de l'indigne?* Quelques-uns pensent que non, à cause du principe de la personnalité des peines (art. 2, C. instr. crim.); ils invoquent aussi l'art. 957, qui interdit de demander la révocation d'une donation pour ingratitude après la mort du donataire. Cependant la grande majorité des auteurs donne un avis contraire : la personnalité des peines est une règle de droit pénal, qui ne s'applique qu'aux peines proprement dites et non aux déchéances civiles : quant à l'art. 957, il est contraire au droit commun, d'après lequel une personne ne transmet ses droits à ses héritiers que sous la réserve des causes d'extinction qui les menaçaient (Aubry et Rau, t. VI, § 593, texte et note 28; Demolombe, t. XIII, n° 279).

§ 4. — *Effets de l'indignité.*

A. — Sa portée limitée.

1° Situation de l'indigne.

1749. Conservation des libéralités reçues du défunt. — C'est seulement la succession ab intestat que la loi enlève à l'indigne, qui perd tous ses droits héréditaires, mais eux seuls. S'il avait reçu quelque libéralité, elle ne pourrait être attaquée que conformément aux art. 955 et suiv. et 1046, et sous les conditions déterminées par ces textes.

1750. Droit de représenter le défunt. — Exclu comme indigne de la succession de son père, le coupable ne perd pas le droit de représenter son père, *pour succéder à un ascendant plus éloigné* (ou à un oncle) : il a été exclu d'une succession, mais non des autres.

1751. Autre conséquence. — L'indigne pourrait plus tard recueillir dans la succession d'un autre parent les biens dont son indignité l'a privé, car alors il les prendrait en qualité d'héritier *dans une succession dont il n'a pas été exclu.*

2° Enfants de l'indigne.

1752. Ancien droit. — Jadis les enfants de l'indigne étaient exclus pour la faute de leur père : des arrêts de 1604 et de 1665 l'avaient ainsi jugé (Lebrun, *Successions,* liv. III, chap. ix, n° 10). Toutefois Pothier disait : « Ceci me paraît souffrir quelque difficulté, les enfants ne devant pas être punis pour la faute de leur père » (*Successions*, chap. i, sect. 2, art. 4, § 2).

1753. Texte du Code. — En cet état du droit, les auteurs du Code y ont inséré un article ainsi conçu : « Les enfants de l'indigne venant à la succession *de leur chef et sans le secours de la représentation,* ne sont pas exclus pour la faute de leur père » (art. 730). Rien n'est plus clair que cette disposition quand on sait qu'il y a deux manières de succéder. L'héritier succède « de son chef » quand il est lui-même le plus proche en degré ; il succède « par représentation » quand on lui permet de prendre la place d'un parent plus proche et prédécédé, pour concourir avec des héritiers plus proches que lui-même. Ainsi un petit-fils succède *de son chef,* quand il est seul appelé à la succession de son grand-père, parce que celui-ci n'a pas laissé d'autres enfants ou petits-enfants ; il succède *par représentation de son père prédécédé,* quand il doit concourir avec ses oncles ou tantes, plus proches que lui d'un degré en leur qualité de fils ou filles du défunt.

Ceci étant connu, on comprend aisément le système du Code : les enfants de l'indigne pourront succéder de leur chef quand il n'y aura pas d'héritiers plus proches qu'eux-mêmes ; au cas contraire, ils n'auront pas droit au bénéfice de la représentation, qui leur permettrait de concourir avec des héritiers plus rapprochés. Comme le disait Siméon au Corps législatif, on n'a pas voulu leur permettre de représenter dans la succession l' « odieuse tête » de l'indigne (Fenet, t. XII, p. 222). Cette interprétation s'appuie, en outre, sur ce principe que le représentant ne peut pas avoir plus de droits que n'en aurait eu le représenté en le supposant encore vivant ; or, ici, le représenté n'en aurait eu aucun.

Voyez cependant l'opinion contraire défendue par M. Demolombe, t. III, n° 292.

1754. Suppression de l'usufruit légal. — Prévoyant le cas où les enfants de l'indigne succéderaient de leur chef et où ils seraient encore mineurs de 18 ans, l'art. 730 enlève à leur père le droit d'usufruit légal sur les biens par eux recueillis ; il fallait éviter que la succession ouverte peut-être par un assassinat ne profitât indirectement au coupable.

B. — Rétroactivité de l'indignité.

1° Relations de l'indigne avec les autres héritiers.

1755. Rétroactivité de l'indignité. — La succession est enlevée à

l'indigne pour le total ou pour la part qui lui revenait, selon les cas, et elle est attribuée à ceux qui étaient appelés en concours avec lui ou à son défaut. Cette restitution s'opère en vertu d'une *résolution rétroactive de son titre d'héritier.*

1756. Conséquences. — Parmi les conséquences de cette rétroactivité, il faut en signaler deux :

1° Restitution des fruits. — L'art. 729 oblige l'indigne à rendre tous les fruits et revenus qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession. Cette disposition s'applique même au cas où la cause d'indignité serait postérieure à ce moment, comme dans la troisième hypothèse de l'art. 727 (non-dénonciation du meurtre). — Traité comme possesseur de mauvaise foi, l'héritier indigne subit l'application de l'art. 1378 et doit de plein droit les intérêts des sommes par lui touchées, à compter du jour du paiement.

2° Réapparition des droits éteints par confusion. — Tous les droits personnels ou réels qui existaient au profit de l'indigne contre le défunt ou inversement, et qui s'étaient éteints par confusion, reparaissent, la succession étant réputée n'avoir jamais été acquise par l'indigne.

1757. Remboursement des dettes payées. — Par un retour équitable et nécessaire, l'héritier a le droit de retenir ou de se faire rembourser tout ce qu'il a pu payer en qualité d'héritier, avec des deniers ne provenant pas de la succession.

1758. Détermination des biens à restituer. — Quand la réclamation des intéressés tarde à se produire, la composition de la masse héréditaire a pu subir des changements qui en rendent la reconnaissance difficile. Ainsi des biens ou valeurs ont été vendus par l'indigne et leur prix placé en acquisitions nouvelles : ces biens nouveaux lui sont personnels et ne sont pas sujets à restitution ; c'est seulement la valeur des autres qui est due (Lyon, 12 janv. 1864, D. 64. 2. 66, S. 64. 2. 28). Toutefois la conversion d'un titre de rente opérée par l'État (L. 12 février 1862) n'a pas pour effet d'enlever au titre nouveau, délivré au rentier, le caractère de valeur héréditaire ; ce titre doit donc être restitué en nature (même arrêt).

2° Relations des héritiers avec les tiers.

1759. Controverse doctrinale. — En l'absence de toute jurisprudence sur la question, les auteurs discutent l'effet de l'indignité contre les tiers qui ont pu traiter avec l'indigne (par exemple pour acheter des biens héréditaires) dans l'intervalle entre sa prise de possession et la restitution de l'hérédité. Une opinion, naguère encore presque unanime, décide qu'à l'égard des tiers *la restitution s'opère sans rétroactivité* ; l'indigne a été réellement investi de l'hérédité, jusqu'au jour où une sentence judiciaire l'en a exclu. On doit donc maintenir les droits qu'il a créés au profit des tiers. Cette opinion, qui repose sur la nécessité d'une déclaration judiciaire de l'indignité, commence à être abandonnée, et les auteurs les plus récents estiment que les rapports des héritiers avec les tiers sont régis par les mêmes principes que leurs rapports avec l'indigne, c'est-à-dire que *même à l'égard des tiers la résolution s'opère rétroactivement* (Demolombe, t. XIII, nos 310 et 311 ; Laurent, t. IX, no 29; Huc, t. V, no 50).

Cette rétroactivité absolue s'impose dans le système de la jurisprudence d'après laquelle la déclaration judiciaire de l'indignité n'est pas nécessaire ; ses effets se produisent de plein droit, immédiatement et à l'égard de tous.

CHAPITRE IV

DE LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

A. — Utilité et définition de la représentation.

****1760. Son utilité.** — Il y a deux manières de succéder. On succède *de son chef* ou *par représentation*. Le premier mode est la règle : sont admis à recueillir la succession ceux qui se trouvent les plus proches en degré dans la classe d'héritiers appelée la première. Ceux-là, étant eux-mêmes et personnellement appelés, succèdent de leur chef. Ainsi quand le défunt avait un fils unique qui est prédécédé ou indigne ou renonçant, le petit-fils succède de son propre chef.

Mais si le fils prédécédé avait des frères ou sœurs survivants, ses propres enfants ne peuvent pas venir de leur chef à la succession de leur grand-père, car il y a des descendants du premier degré, leurs oncles ou tantes, alors qu'eux-mêmes ne sont qu'au second, et la règle ordinaire fait dépendre la succession de la priorité du degré. Les petits-fils vont donc se trouver exclus d'une succession, dont une part leur serait arrivée *par voie de transmission,* si leur père avait survécu à leur grand-père : leur père leur aurait transmis sa part héréditaire confondue avec ses autres biens.

La représentation évite cette conséquence fâcheuse du prédécès du fils, *en permettant aux petits-enfants de venir prendre la part de leur père, en ses lieu et place* : ils le *représentent* dans la succession de leur aïeul ; ils *montent à son degré pour exercer ses droits.* Là est l'utilité de la représentation. Comp. art. 739.

***1761. Définition.** — L'art. 739 donne de la représentation une définition qui a été très critiquée : « La représentation est *une fiction de la loi...* », dit le texte. Toullier a fait remarquer que le législateur n'a pas besoin en pareil cas d'établir une « fiction » ; c'était le Préteur romain qui, n'ayant pas le pouvoir de modifier le droit civil, le tournait à l'aide de fictions, en supposant réalisées des conditions qui n'étaient pas remplies ; mais la loi elle-même doit se dispenser de ce procédé : elle n'a qu'à décider ouvertement que les enfants ont le droit de recueillir la part de leur père ou mère en ses lieu et place.

D'après ce même texte, l'effet de la représentation est de faire entrer le

représentant « *dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté* ». Cette accumulation de mots est inutile, et, de plus, elle ne donne pas clairement la notion vraie, car elle fait entrer dans la définition le terme à définir.

Voici comme on peut rectifier la définition légale : la représentation est un bénéfice de la loi en vertu duquel un héritier d'un degré plus éloigné est admis à recueillir la part qu'aurait obtenue son père ou sa mère prédécédés en concours avec des héritiers plus proches que lui.

B. — Histoire de la représentation.

1762. Système romain. — La représentation existait déjà en droit romain, quoique le nom y fût ignoré. Dans les *Institutes* de Justinien, il est dit que les enfants peuvent « in patris sui locum succedere » (Liv. III, tit. 1, n° 6). Primitivement restreinte aux descendants, la représentation fut étendue sous Justinien aux enfants de frères ou de sœurs. Nos pays de droit écrit suivaient les mêmes règles.

1763. Absence de représentation dans les pays coutumiers. — Pendant longtemps la représentation y fut inconnue, et Lebrun remarque que « tant plus les coutumes tirent au Nord, tant plus elles sont opposées au droit de représentation » (*Successions*, liv. III, chap. v, sect. 2, n° 2).

A la place de la représentation, on avait imaginé le *rappel à succession* : c'était l'acte par lequel une personne ordonnait qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, les enfants de cet héritier le représenteraient dans sa succession (Pothier, *Successions*, chap. ii, sect. 3, art. 2, § 3 ; Lebrun, *Successions*, liv. III, chap. viii, sect. 1, n°s 41 et suiv.)[1]. Dans ce système, la coutume n'établissait pas de plein droit la représentation, mais elle laissait à chacun le droit et le soin de l'organiser dans sa succession.

1764. Introduction de la représentation. — La représentation véritable s'introduisit cependant dans notre droit coutumier, probablement sous l'influence du droit écrit, et aussi afin de ne pas laisser le droit des petits-fils à la merci des grands-parents[2]. La représentation admise en ligne directe dans la coutume d'Orléans dès 1509, dans la coutume de Paris dès 1510 (art. 123), n'y fut reçue pour la ligne collatérale que dans la seconde rédaction en 1580 (Cout. de Paris, art. 320) et en 1583 (Cout. d'Orléans, art. 318) ; même certaines coutumes, comme celle de Senlis, ne l'admirent jamais qu'en ligne directe et non en collatérale ; à l'inverse, d'autres la permettaient en collatérale à l'infini (Tours, Maine, Anjou, etc.).

§ 2. — *Conditions de la représentation.*

1765. Leur nombre. — Ces conditions sont au nombre de *quatre* : il

[1] On distinguait le rappel *intra terminos juris* et le rappel *extra terminos juris* : le premier, qui était fait dans les cas où le droit romain admettait la représentation, c'est-à-dire au profit des petits-enfants et des neveux ou nièces, conférait le titre d'héritier ab intestat : le second, qui était fait au profit des autres parents (petits-neveux, cousins, etc.) ne donnait que la qualité de légataire.

[2] On raconte qu'en 938 ou 941, Othon Ier, pour trancher le débat entre partisans et adversaires de la représentation, fit combattre des champions comme pour décider un procès par le duel judiciaire. Ce fut le champion de la représentation qui triompha (Voyez les textes dans Laurière, *Coutume de Paris*, sous l'art. 319. — Comp. Viollet, *Précis*, 2e édit., p. 834 ; Michelet, *Origine du droit français*, p. 64).

faut : 1° que le représenté soit mort ; 2° qu'il ait eu de son vivant la capacité de succéder au *de cujus* ; 3° que le représentant soit son descendant légitime ; 4° que le représentant ait une vocation personnelle à la succession du *de cujus*. Nous allons les passer en revue sommairement dans les numéros suivants.

*1766. **Prédécès du représenté.** — Il faut que la personne qu'il s'agit de représenter soit morte : *on ne représente pas les personnes vivantes* (art. 744, al. 1er). Ainsi lorsque l'héritier du degré le plus proche est encore vivant, mais écarté de la succession comme *renonçant* ou comme *indigne*, ses enfants ne peuvent pas succéder à sa place en le représentant (art. 787, pour le cas de renonciation ; art. 730, pour le cas d'indignité).

Telle était déjà la solution admise le plus généralement dans notre droit coutumier. Voyez cependant les observations de Basnage, sur l'art. 304 de la coutume de Normandie.

La raison qu'on donne d'ordinaire pour justifier le maintien de cette règle est que la place du représenté n'est pas *vacante* puisqu'il l'occupe encore, et que par suite les représentants ne peuvent y *entrer* pour l'*occuper*. C'est là une pure raison de mots qui est loin d'être convaincante. On a dit aussi que les représentants peuvent seulement exercer les droits du représenté : or quand celui-ci a renoncé ou qu'il est indigne, il n'en a aucun, ou plutôt il les a exercés pour s'en dépouiller, tandis que, quand il est mort, ses représentants peuvent exercer ses droits à sa place. Mais l'argument se retourne contre le système qu'il est destiné à défendre : car si les représentants ne peuvent qu'exercer les droits du représenté, il faut reconnaître que celui-ci n'en a aucun à leur transmettre quand il est mort avant l'ouverture de la succession.

1767. Représentation d'un absent. — Si la personne qu'il s'agit de représenter était en état d'absence au moment où la succession s'est ouverte, sa représentation par ses descendants est néanmoins possible, quoiqu'on ne soit pas sûr de son décès puisque l'absence est l'incertitude sur la vie ou la mort d'une personne. La représentation est ici admise, malgré le silence de la loi, parce qu'il serait déraisonnable que les cohéritiers de l'absent prétendissent tout à la fois écarter l'absent, sous prétexte que son existence n'est pas certaine, et ses descendants, sous prétexte que son décès n'est pas prouvé. La doctrine et la pratique sont depuis longtemps fixées en ce sens (Cass., 10 nov. 1824, S. 25. 1. 167). Il n'y a rien là de contraire à l'art. 136, car les enfants de l'absent ne réclament pas le droit *échu* à leur père ; ils agissent en se plaçant à la fois dans les deux hypothèses possibles : leur père a succédé au défunt, s'il est encore vivant, et s'il est mort, ils ont succédé à sa place.

1768. Capacité du représenté. — Il faut que le représenté, en supposant qu'il eût survécu au défunt, eût pu recueillir lui-même la succession. Ceci suppose qu'il était capable et digne de succéder. Par conséquent, au temps où les *étrangers* étaient incapables de succéder en France, leurs descendants même *régnicoles* (français) ne pouvaient pas les représenter. Même impossibilité pour les enfants de l'*indigne* (art. 730 et ci-dessus, n° 1753).

Tout ceci résulte de l'art. 739 qui accorde aux représentants « les droits du représenté » : incapables et indignes n'en ont point.

1769. Lien de parenté du représenté et du représentant. — Il faut que le représentant soit le fils, ou le petit-fils ou l'arrière-petit-fils, en un mot un *descendant légitime* du représenté. Une personne ne peut être représentée que par ses descendants légitimes (arg. art. 740 et 742 — Comp. LEBRUN, *Successions,* Liv. III, ch. v, sect. 1, n° 1).

1770. Aptitude personnelle du représentant. — Il faut enfin que le représentant ait lui-même une vocation personnelle à la succession du défunt et qu'il réalise en sa personne toutes les conditions nécessaires pour succéder : qu'il ait été vivant ou tout au moins conçu au jour de l'ouverture de la succession, qu'il soit né viable et qu'il ne soit pas indigne. — C'est cette condition qui écarte les *enfants naturels* du successible prédécédé : ils n'ont personnellement aucune vocation à la succession de leur oncle ou de leur aïeul.

1771. Conditions inutiles. — Ces conditions sont les seules. Il n'est pas nécessaire que le représentant ait accepté la succession du représenté : un enfant peut donc représenter son père dans la succession de son grand-père, après avoir répudié la succession de son père (art. 744, al. 2). Pour la même raison, il pourrait succéder à son grand-père par représentation de son père quoiqu'il eût été écarté comme indigne de la succession paternelle.

§ 3. — *Successions où la représentation est admise.*

****1772. Énumération.** — Il n'y a que deux catégories de successions où une personne puisse être représentée par ses descendants, savoir celles qui sont dévolues : 1° *aux enfants du défunt* ; 2° *à ses frères ou sœurs.*

****1773. Représentation des enfants.** — En ligne directe descendante[1] la représentation est admise *dans tous les cas et à l'infini* (art. 740). « Dans tous les cas... », cela signifie que les petits-enfants viennent toujours par représentation de leurs père ou mère prédécédés, soit qu'il reste un ou plusieurs enfants du premier degré, soit qu'il n'en reste plus : dans ce dernier cas, les petits-enfants étant seuls appelés se trouvent tous égaux en degré ; la représentation ne leur est donc plus utile pour succéder ; elle a lieu cependant afin de maintenir l'égalité des parts primitives et elle aboutit alors au *partage par souches* (ci-dessous, n° 1778).

« A l'infini. » Cela veut dire que les descendants du 3e degré, et à l'occasion ceux du 4e, peuvent concourir avec les enfants successibles du 1er degré.

[1] La représentation n'a pas lieu en ligne directe ascendante : le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné (art. 741). Ainsi l'arrière-grand-père paternel (aïeul du 3e degré) est primé par un autre ascendant de la même ligne, si celui-ci est au 2e degré ; l'ascendant plus éloigné n'est pas admis à représenter son fils ou sa fille pour concourir avec l'ascendant plus proche.

****1774. Représentation des frères et sœurs.** — D'après l'art. 742, la représentation est admise au profit des *enfants et descendants* des frères ou sœurs prédécédés. Elle a donc lieu à l'*infini*, comme pour celle des enfants du défunt. Elle est également admise *dans tous les cas*, c'est-à-dire soit que les enfants ou descendants d'un frère ou d'une sœur prédécédés concourent avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et sœurs étant prédécédés, leurs enfants et descendants se trouvent entre eux à des degrés égaux ou inégaux (art. 742).

Jadis le droit français était moins large, et n'admettait la représentation que pour les enfants (descendants du 1er degré) des frères et sœurs et encore sous certaines conditions, sur la détermination desquelles l'uniformité était loin de régner.

1775. Suppression de la représentation indéfinie en collatérale. — Parmi les collatéraux, les frères ou sœurs du défunt sont les seuls qui puissent être représentés dans sa succession. Pour les collatéraux autres que frères et sœurs, il n'y a donc jamais de représentation possible. En cela le Code diffère de la loi de nivôse, dont l'art. 77 admettait la représentation collatérale à l'infini. Ce système avait l'inconvénient de compliquer les partages et de morceler les successions d'une manière excessive ; de plus, il n'était pas nécessaire, car l'affection ne s'étend pas si loin dans la famille collatérale, et les collatéraux plus éloignés ne remplacent pas ceux qui les ont précédés[1].

§ 4. — *Effets de la représentation.*

****1776. Énumération.** — D'après l'art. 739, l'effet de la représentation est de faire entrer le représentant « dans le degré, dans la place et dans les droits du représenté ». Les mots *place* et *degré* sont synonymes et ce pléonasme n'ajoute rien à l'idée. La représentation se borne donc à un double effet : le représentant *monte au degré du représenté* et *exerce ses droits*.

A. — Arrivée au degré du représenté.

***1777. Condition particulière.** — Il n'y a rien à en dire lorsqu'il n'y a qu'une génération d'intervalle, mais quand il y a plusieurs degrés à franchir, la représentation ne peut produire son effet que *si tous les degrés intermédiaires sont vacants*. Alors le représentant montera de degré en degré jusqu'au rang utile pour succéder. Mais s'il rencontre, à un degré intermédiaire, un successible vivant, indigne ou renonçant, il est arrêté et ne peut prendre cette place encore occupée par un autre (art. 744, al. 1 ; art. 787). On exprime cette règle en disant que la représentation n'a pas lieu *per saltum* ou *omisso medio*.

[1] Cependant ces idées ne sont pas acceptées par tous. Le défaut de représentation en ligne collatérale, produit souvent des résultats choquants (G. D'ESPINAY, *La liberté de tester*). Le président de Lamoignon demandait la représentation à l'infini en collatérale et la loi du 8 avril 1791 l'avait établie. Comp. VALLIER, *Fondement du droit successoral*, § 307.

B. — Exercice des droits du représenté.

****1778. Étendue du bénéfice de la représentation.** — Le représentant possède tous les droits qu'aurait eus le représenté, s'il eût été vivant, rien de moins et rien de plus.

Rien de moins. — Cela n'a plus d'intérêt aujourd'hui, mais autrefois cela produisait une conséquence importante; une petite-fille, quand elle était la fille d'un fils aîné, pouvait, en représentant son père dans la succession de son grand-père, recueillir le *préciput d'aînesse,* qui n'était accordé qu'aux héritiers mâles, et qui profitait ainsi indirectement à une femme.

Rien de plus. — Cette autre partie de la formule traditionnelle qui sert à exprimer les effets de la représentation est encore exacte. Elle signifie que *plusieurs enfants, représentant leur père, ne prendront à eux tous que la part de celui-ci* : quel que soit leur nombre, ils ne seront comptés que pour une tête, celle du représenté. C'est le *partage par souches* (art. 743). La souche *(stirps)* est *l'auteur commun* dont sont descendus ceux qui succèdent réellement; ils peuvent en être séparés par un ou plusieurs degrés intermédiaires.

Ce genre de partage est nécessaire pour éviter une iniquité. En principe le partage s'opère *par têtes,* c'est-à-dire que tous les héritiers prennent des parts égales. Si on appliquait ce principe au cas où des petits-enfants viennent par représentation à la succession de leur grand-père, la part des autres enfants survivants se trouverait injustement amoindrie : au lieu d'un ayant droit, ils auraient à compter avec trois, quatre, cinq, etc. Le but de la représentation étant seulement de faire parvenir aux petits-enfants la part que leur père aurait pu recueillir, s'il avait vécu plus longtemps, il suffit de leur attribuer cette part qu'ils se partagent entre eux.

1779. Suppression de la représentation à fin de partager. — Supposons que le défunt laisse deux fils encore vivants, mais tous deux renonçants ou indignes, et ayant tous deux des enfants. Ceux-ci ne peuvent pas succéder par représentation, puisque le premier degré n'est pas vacant ; étant tous au même degré, ils succèdent *de leur chef.* Mais s'il arrive que les enfants de chaque fils soient *en nombre inégal,* par exemple trois d'un côté et un seul de l'autre, l'effet normal de la dévolution héréditaire se trouve dérangé : les héritiers qui succèdent de leur chef ayant tous droit à des parts égales (ci-dessus, n° 1778), l'enfant unique de l'un des fils n'aura qu'un quart de la succession puisqu'il a trois cousins germains concourant avec lui : un quart, au lieu de la moitié qu'il aurait eue si tous venaient à la succession par représentation de leurs pères.

Pour corriger cet effet fâcheux notre ancien droit admettait une représentation spéciale, non plus *à fin de succéder,* puisqu'ici les héritiers viennent de leur chef, mais *à fin de partager* (Pothier, *Successions,* chap. ii, sect. 1, § 4). Le Code civil (art. 787 *in fine*) a supprimé cette espèce particulière de représentation : quand tous les cohéritiers du premier degré renoncent, leurs enfants viennent de leur chef et succèdent par têtes On ne voit pas pour quelle raison les parts de chacun peuvent ainsi dépendre de l'option qu'a faite le degré précédent. L'ancien droit était plus juste et plus sensé,

LES DIVERSES ESPÈCES D'HÉRITIERS

NOTIONS GÉNÉRALES

1780. Bibliographie. — Alexandre de Brandt, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, traduit de l'allemand par Eug. Régnier, avec une préface de Georges Blondel, Paris, 1901. — A. Colin, *Le droit de succession dans le Code civil* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 295). — P. Lefebvre, *Le droit commun des successions d'après les coutumes rédigées et la jurisprudence du Parlement de Paris*, thèse, Paris, 1911. — Ch. Lefebvre, *L'ancien droit des successions*, cours de doctorat, Paris, 1912. — Ernest Vallier, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse, Paris, 1902. — Ant. Ernst, *Le régime successoral des petits héritages* (L. belge 16 mai 1900), Bruxelles, 1900. Comp. *Pasicrisie belge*, 1900, 2e livraison. — Georges Blondel, *Réforme sociale*, 1er juin 1898 et 1er avril 1901. — Albert Chéron, *De la transmission intégrale des exploitations agricoles ou industrielles dans le droit suisse*, thèse, Paris, 1902. — A. Gallet, *La législation successorale et le mouvement de la population*, thèse, Poitiers, 1904. — Pour les enfants naturels, voyez ci-dessous, n° 1820 *bis*, et pour le conjoint, n° 1859. — Sur la période révolutionnaire, voyez ci-dessous, n° 1795.

****1780** *bis*. **Division principale.** — Les successeurs ab intestat sont de deux sortes, les *héritiers légitimes* et les *successeurs irréguliers* (art. 723).

1° Héritiers légitimes. — Ceux-là sont les *héritiers proprement dits*. La doctrine les considère comme *continuant la personne du défunt*, ce qui signifie qu'ils succèdent personnellement à ses obligations et en sont tenus de la même manière que lui-même. C'est à eux seuls que la loi accorde la *saisine*. Sur la saisine, voyez ci-dessous, n°s 1928 et suiv.

2° Successeurs irréguliers. — Ceux-ci sont dans une situation inférieure. On les considère généralement comme de *simples successeurs aux biens* ; ils ne sont pas des continuateurs de la personne, et la loi leur refuse la saisine.

****1781. Subdivision.** — Dans chacune de ces deux catégories, il y a lieu de distinguer la *succession de droit commun*, qui s'opère en vertu des règles générales que nous exposerons tout d'abord, et les *successions anomales*, qui sont dévolues en vertu de règles particulières, tantôt à des héritiers légitimes, tantôt à des successeurs irréguliers. Nous nous en occuperons dans un dernier chapitre.

1782. Origine de la distinction principale. — Cette distinction des successeurs ab intestat en deux catégories est toute récente : *elle est l'œuvre du Code*. Sans doute les mots existaient déjà dans l'ancien droit,

mais la distinction qu'ils énonçaient alors ne ressemblait que de nom à celle du droit moderne.

Pour Pothier, Lebrun et autres, tous les particuliers appelés à succéder à une personne décédée recueillaient ses biens à titre d'*héritiers légitimes*, saisis de plein droit et tenus de toutes ses obligations (Lebrun, *Successions*, chap. vii, n° 39 ; Pothier, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n° 33). En fait de successeurs irréguliers, l'ancien droit ne connaissait que le roi et les seigneurs justiciers succédant par droit de déshérence ou d'aubaine (Pothier, *Successions*, chap. vi). Ceux-là n'étaient pas des « héritiers », des personnes succédant à une autre personne ; c'était plutôt l'absence d'héritiers qui faisait revenir au fisc une succession sans maître.

Nous avons encore des successeurs irréguliers de ce genre : l'État a remplacé le roi et les seigneurs, et des textes spéciaux ont attribué un droit analogue aux hospices ; mais, en outre, le Code civil a introduit entre les vrais héritiers et le fisc une catégorie intermédiaire, composée de membres de la famille succédant avec le titre inférieur de successeurs irréguliers, sans avoir la qualité honorifique et avantageuse d'héritier légitime. Cette catégorie naguère assez nombreuse comprenait *le conjoint* et *les parents naturels*. Le conjoint se trouve ainsi descendu du rang qui lui appartenait autrefois ; quant aux enfants naturels et autres membres de la famille illégitime, l'ancien droit ne leur accordait aucun droit successoral. Il y avait donc progrès pour eux, recul pour le conjoint.

1783. Changements survenus depuis le Code. — Des deux grandes différences, qui séparent les héritiers légitimes des successeurs irréguliers, savoir la saisine et l'obligation indéfinie aux dettes, il en est une (la saisine) qu'il ne dépendait pas de la jurisprudence d'effacer : la loi oblige les successeurs irréguliers à demander *l'envoi en possession* (art. 724); ils sont encore soumis à cette formalité (ci-dessus, n°s 1944 et suiv.).

Au contraire l'*étendue de l'obligation aux dettes* n'a pas été réglée en termes formels par des dispositions spéciales de la loi ; la jurisprudence avait donc les mains libres. Elle en a profité pour assimiler aux véritables héritiers les successeurs irréguliers, tout au moins ceux qui sont de simples particuliers succédant à un parent naturel décédé ou à leur conjoint. En dépit des apparences, sa décision sur ce point est plutôt conforme que contraire à nos traditions juridiques. Voyez ci-dessous, n°s 2090 et 2092.

Enfin, la loi du 25 mars 1896 est venue modifier profondément notre système successoral en accordant aux enfants naturels les mêmes faveurs (sauf la quotité de leur part) qu'aux membres de la famille légitime : elle les a fait passer de la classe des successeurs irréguliers dans celle des héritiers légitimes, diminuant ainsi la première de ses principaux représentants. Notamment elle leur a donné la saisine (ci-dessous, n° 1824).

1784. Terminologie variable de la loi. — Ordinairement le Code emploie l'expression « héritiers légitimes » pour désigner les parents légitimes à l'exclusion des successeurs irréguliers. C'est dans ce sens que l'art. 756 ancien disait que les enfants naturels ne sont pas « héritiers » et que l'art. 756 actuel leur reconnaît au contraire la qualité d'héritiers. Mais parfois aussi cette expression est prise dans un sens plus large et elle comprend tous les successeurs ab intestat par opposition aux successeurs testamentaires ; les premiers sont dits « légitimes » parce qu'ils succèdent en vertu de la loi.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DES PARENTS LÉGITIMES.

§ 1. — *Notions historiques.*

A. — Système des pays de droit écrit.

1785. Introduction du droit de Justinien. — On y avait adopté, à une époque qui nous est inconnue, le système successoral établi par la novelle 118 en 543, c'est-à-dire longtemps après que les Gaules s'étaient séparées de l'Empire. La succession ab intestat ne s'ouvrait qu'à défaut d'héritier testamentaire, et elle était régie par des principes très simples : les parents étaient divisés en classes ou ordres : descendants, ascendants, collatéraux. A défaut de descendants, les ascendants étaient appelés en concours avec les collatéraux privilégiés (frères, sœurs, neveux et nièces). Entre collatéraux ordinaires, la succession était attribuée au plus proche, de quelque côté qu'il fût, parent paternel ou parent maternel. On n'y suivait donc pas la règle coutumière « *Paterna paternis* », qui faisait revenir à chaque branche de la famille les biens qui lui appartenaient. Sur la façon dont la novelle 118 s'introduisit dans nos provinces méridionales et sur l'interprétation variable qu'elle y reçut, voyez Jarriand, *Histoire de la novelle 118 dans les pays de droit écrit*, thèse, Paris, 1889.

1786. L'édit des mères. — En 1567, un édit fut publié pour écarter la règle romaine qui appelait la mère à succéder à son enfant prédécédé. On voulait empêcher les biens que l'enfant avait recueillis de son père de passer à la famille de la mère. Cet édit, très mal reçu dans les pays de droit écrit, devint célèbre sous le non d'*édit des mères*. Cujas le combattit vivement, et prétendit qu'il avait été rendu dans l'intérêt particulier du maréchal de Montluc. Les Parlements de Toulouse, de Bordeaux et de Grenoble refusèrent de l'enregistrer et il ne fut jamais observé dans leurs ressorts ; seuls les Parlements de Paris, de Dijon et de Provence l'acceptèrent. Il fut abrogé en 1729. On n'avait donc pas réussi à étendre à toute la France la règle coutumière : « Propres ne remontent pas. » Voyez Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2e édit , p. 847, et ci-dessous, n° 1793.

B. — Système des pays de coutume.

1787. Extrême complication du droit coutumier. — Dans aucune autre matière notre ancien droit coutumier n'offrait de complications pareilles à celles de son

régime successoral[1]. Il serait inutile et beaucoup trop long d'exposer ici les règles suivies, même sommairement ; je me bornerai à l'indication de quelques principes.

1° Distinctions selon la nature des biens.

1788. Biens nobles et biens roturiers. — Le droit commun coutumier ne s'appliquait qu'aux biens roturiers. Quand il y avait dans une succession des biens nobles, on suivait pour eux des règles spéciales qui variaient beaucoup d'une coutume à l'autre, les plus remarquables étaient l'*indivisibilité du fief*, qui fut vite abandonnée, l'*exclusion des filles* au profit des héritiers mâles (privilège de masculinité) et le *droit d'aînesse*, privilège qui permettait à l'aîné de prendre le principal manoir avec une certaine quantité de terre par préciput (portion avantageuse), s'élevant à la moitié ou même aux deux tiers de la succession. Toutes ces règles avaient pris naissance au moyen âge, à l'époque où le régime féodal était la base du service militaire en France.

1789. Propres et acquêts. — On distinguait encore selon la *nature* et l'*origine* des biens pour diviser les immeubles en deux catégories : les propres et les acquêts. Les propres étaient les biens qui étaient arrivés au défunt *par succession ou par un titre équivalent*, comme donation ; c'étaient des *biens de famille*. On les appelait aussi « biens avitins » ou « biens patrimoniaux ». Les acquêts étaient les biens que le défunt avait fait entrer dans la famille pour la première fois, par exemple *ceux qu'il avait achetés*. Quand un acquêt avait été transmis une première fois aux héritiers de son acquéreur, on l'appelait « propre naissant ».

Dans les successions *les acquêts étaient dévolus de la même façon que les meubles* : c'étaient les mêmes héritiers qui recueillaient à la fois les meubles et les acquêts. Quant aux propres, ils suivaient pour leur dévolution des règles toutes différentes.

1790. Succession aux meubles et acquêts. — Quoiqu'il y eût une grande variété entre les coutumes, ces biens étaient déférés selon des règles simples. On suivait en général l'ordre présumé des affections du défunt, ce qui rapprochait le droit coutumier du système romain. Toutefois le principe de la *fente* y apportait une modification considérable : on partageait la succession en deux parts égales, une pour les parents paternels, l'autre pour les parents maternels ; et même beaucoup de coutumes, après avoir ainsi fendu une première fois la succession, la refendaient indéfiniment entre les branches successives de chaque ligne.

1791. Succession aux propres. — La succession aux propres reposait sur le principe de la *conservation des biens dans les familles*. On voulait faire revenir autant que possible les biens du défunt à la branche d'où il les avait reçus. De là la maxime *Paterna paternis, materna maternis*. Mais s'il est tout simple de décider en principe que les biens venus du père ou des parents paternels retourneront à la ligne paternelle, l'application de la règle avait lancé notre ancien droit successoral dans un véritable fouillis de difficultés. Il y avait presque autant de systèmes que de coutumes. On les classait en trois groupes principaux :

1° Coutumes souchères. — Celles-ci appliquaient le principe à la rigueur : il fallait être *descendu du premier auteur* qui avait mis le bien dans la famille pour le recueillir comme propre. Ce premier acquéreur du propre s'appelait *tronc commun*, c'est-à dire auteur commun du défunt et de l'héritier (Bourgogne, art. 17 ; Sens, art. 83 ; Auxerre, art. 240 ; Mantes, art. 167).

2° Coutumes de côté et ligne. — C'était la majorité des coutumes, entre autres celles de Paris (art. 326), d'Orléans (art. 325), d'Anjou (art. 268-270), d'Amiens (art. 87), d'Artois (art. 105). Dans leur système, il n'était pas nécessaire de descendre du premier acquéreur, il suffisait de se rattacher à lui *par un lien de parenté collatérale*.

3° Coutumes de simple côté. — Celles-ci suivait un système encore plus simplifié :

[1] Pour les opinions des gens du XVIIe et du XVIIIe siècles sur les principes du droit successoral, voyez Valjer, thèse précitée, § 176 et suiv.

il n'était pas nécessaire d'être parent d'une façon quelconque de celui qui avait mis le premier l'héritage dans la famille : il suffisait d'être *parent du défunt du côté paternel* pour recueillir les propres qui lui venaient de son père ; et de même, d'être parent du côté maternel pour recueillir les propres maternels (Coutume de Normandie, art. 244).

Lebrun considérait le système des coutumes de simple côté comme étant le droit commun, puisqu'il l'appliquait aux coutumes muettes (*Successions*, liv. I, chap. II, sect. 2, n° 9).

2° Droits des divers ordres d'héritiers.

1792. Droits des descendants. — Quand le défunt laissait des enfants ou descendants, tous ses biens confondus en une seule masse, sans distinction de nature ni d'origine, leur passaient à l'exclusion de tous autres ; et ils se les partageaient par tête, ou par souches au cas de représentation, et sauf l'effet des privilèges d'aînesse et de masculinité.

1793. Droits des ascendants. — Les ascendants ne pouvaient succéder qu'à défaut de descendants. Généralement ils excluaient tous les collatéraux, même les frères et sœurs du défunt ; mais ils ne pouvaient recueillir les propres provenant de la ligne à laquelle ils n'appartenaient pas. Ainsi l'héritage venant du père passait aux collatéraux de la branche paternelle et non à la mère survivante. Cet effet de la règle « Paterna paternis » s'exprimait par la maxime : *Propres ne remontent pas* (*Coutume de Paris*, art. 312). Sur le sens ancien et différent qu'avait eu cette maxime, voyez LAURIÈRE, sous l'art. précité.

1794. Droits des collatéraux. — C'était surtout pour eux qu'était fait le système successoral compliqué qui reposait sur la distinction des propres et des meubles et acquêts. En outre, dans beaucoup de coutumes, le *privilège du double lien* dérangeait l'ordre naturel pour la succession aux meubles et acquêts : à égalité de degré, le parent germain était préféré au parent simplement utérin ou consanguin.

C. — Législation révolutionnaire.

1795. Lois principales. — L'Assemblée constituante commença par établir le principe du *partage égal entre héritiers du même degré*, en faisant disparaître les privilèges de masculinité et d'aînesse (LL. 15 mars 1790 et 8 avril 1791). Cette dernière donna lieu à un discours célèbre qu'avait préparé Mirabeau et qui fut lu à la tribune le 2 avril 1791, une heure après sa mort.

La loi du 17 nivôse an II-6 janvier 1794 (voyez t. I, n°s 69 et 250) supprima à son tour toutes les distinctions fondées sur l'origine et la nature des biens et abolit en même temps le privillège du double lien. Son art. 62 a été reproduit par l'art. 732 C. civ. Son système successoral est passé en grande partie dans le Code civil, légèrement atténué dans ce qu'il pouvait avoir d'excessif [1].

[1] La loi de nivôse se composait de deux parties. La première, contenant 61 articles, anéantissait rétroactivement toutes les libéralités par lesquelles les particuliers cherchaient depuis le commencement de la Révolution, à maintenir quelques-uns des privilèges anciens. Voyez-en le texte dans SIREY, *Lois annotées*, t. I, p. 280. C'est cette partie qui fut désastreuse et qui amena rapidement la suspension de la loi. Aussitôt après le 9 thermidor, des pétitions nombreuses furent adressées à la Convention pour demander l'abrogation de cette loi, « ouvrage de la tyrannie de Robespierre ». Sur les résultats déplorables de cette rétroactivité, voyez GLASSON, *Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 217 et suiv. Voyez aussi LAMBERT, *De l'exhérédation*, § 21, JEANNEAU, thèse, Paris, 1893, et VALLIER, thèse, Paris, 1902, § 241. Mais la seconde partie de la loi, qui contient son régime successoral, ne mérite pas d'être jugée avec la même sévérité. Voyez l'appréciation qu'en donnait M. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, t. II, p. 354, reproduite dans SIREY, *loc. cit.*, p. 281 en note. Voyez aussi VERMEIL, *Code des successions*, paru en l'an III (cité dans SIREY, 41. 1. 305). L'auteur avait assisté à la préparation de la loi et fut plus tard membre du tribunal de cassation. — D'après une déclaration de Merlin à la séance du 5 floréal an III, la rétroactivité attribuée à la loi de nivôse a été provoquée par Hérault de Séchelles, qui comptait y gagner un héritage important.

On trouvera dans SIREY, *Lois annotées*, t. I, p. 281, note, col. 2 et 3, un relevé complet des lois rendues pendant la Révolution en matière successorale. Voir aussi VALLIER, *Fondement du droit successoral*, thèse, Paris, 1902, p. 183-207. Comp. LUCIEN JEANNEAU, *Législation successorale de la Révolution*, thèse, Paris, 1893; G. ARON *Étude sur les lois successorales de la Révolution...* (*Nouv. Revue historique du droit*, 1901 et 1903).

D. — Législations étrangères.

1795 *bis.* **Système allemand et suisse.** — Sur le système des *parentèles*, pratiqué en Allemagne, voir ROMIGUÉ, *L'hérédité collatérale*, thèse, Paris, 1903. Le Code civil suisse établit également le système des parentèles. Voyez le Code civil allemand, art. 1924 à 1930, et le Code suisse, art. 457 et suiv.

§ 2. — *Les quatre ordres d'héritiers.*

****1796. Principes fondamentaux de la dévolution héréditaire.** — Tout le système de la loi repose sur la répartition des parents légitimes en *ordres* ou classes, qui forment des groupes distincts rangés selon les préférences de la loi : on ne passe au second ordre qu'à défaut de tout représentant du premier; au troisième qu'à défaut de tout représentant du second, etc.

Entre parents de même ordre, c'est le plus proche en degré qui succède, sauf l'effet de la représentation quand elle est admise : entre parents d'ordres différents la priorité de degré est sans importance : un héritier du premier ordre qui se trouve parent du défunt au second degré, passe avant un parent du premier degré, si ce dernier appartient au second ordre; c'est la qualité de l'ordre, auquel les divers parents appartiennent, qui règle la préférence.

Toutefois, l'application régulière de la hiérarchie des ordres est souvent dérangée par la *fente entre les deux lignes* (ci-dessous, n° 1799).

****1797. Système apparent des trois ordres.** — A lire le Code français (art. 731 et suiv.), on croirait qu'il n'existe que trois ordres d'héritiers : les *descendants* les *ascendants* et les *collatéraux*. C'est eux seuls qu'énumère l'art. 731 ; c'est à eux que les sections III, IV et V attribuent la succession.

****1798. Existence d'un quatrième ordre.** — Cependant la division en trois ordres n'a jamais été suivie d'une manière absolue, ni en droit romain, ni dans la loi de nivôse, ni dans le Code civil : chacune de ces législations a fait à sa manière une place à part aux *frères et sœurs* du défunt ainsi qu'à leurs enfants ou descendants. La comparaison de ces différents systèmes serait compliquée et peu utile. Rappelons seulement que la loi de nivôse, dans le but de faire arriver les successions aux membres les plus

jeunes de la famille, faisait passer avant les ascendants les collatéraux du défunt qui descendaient d'eux ou d'autres ascendants au même degré : ainsi un frère excluait le père et la mère (art. 72 et 76).

Le Code civil a abandonné ce système rigoureux pour lui en subtituer un autre : il a pris, d'une part, dans la classe des ascendants les parents du 1er degré (père et mère du défunt), et de l'autre, dans la classe des collatéraux, les plus proches parents du défunt, savoir ses frères ou sœurs et leurs descendants, et il a fait de leur réunion un ordre spécial, qui a sa place à part. On appelle ces deux catégories de parents *ascendants privilégiés* et *collatéraux privilégiés*, par opposition aux *ascendants ordinaires* et aux *collatéraux ordinaires*, lesquels ne passent qu'après eux. Cet ordre mixte occupe donc le second rang, venant immédiatement après l'ordre des descendants (ci-dessous, nos 1812 et suiv.).

§ 3. — *Fente entre les deux lignes.*

****1799. Le principe.** — En ligne descendante, la succession est de nos jours, comme de tout temps, dévolue en une seule masse. Mais en ligne ascendante et en ligne collatérale, la loi la divise en *deux parts égales*, une pour les parents paternels, une pour les parents maternels. C'est ce qu'on appelle la *fente entre les deux lignes* (art. 733). Le mot « ligne » est pris ici dans un sens particulier : la *ligne paternelle* comprend tous les *parents consanguins*, qui se rattachent au défunt par son père, tant ascendants que collatéraux ; la *ligne maternelle* comprend de même tous les *parents utérins*, qui se rattachent au défunt par sa mère. On appelle *parents germains* ceux qui figurent à la fois dans les deux lignes, étant nés d'un mariage entre un parent paternel et un parent maternel.

Le système de la fente est inapplicable aux descendants, parce que, comme le défunt lui-même, ils se rattachent à la fois à la ligne paternelle et à la ligne maternelle.

1800. Origine de la règle. — L'habitude de faire revenir les biens à la ligne d'où le défunt les avait reçus était si forte dans l'ancienne France qu'on chercha tout naturellement à suivre une règle analogue pour les biens qui n'avaient pas de ligne, c'est-à-dire pour les meubles et les acquêts : ne pouvant les attribuer de préférence à une ligne plutôt qu'à l'autre, on les partageait également entre les deux lignes.

C'est ce système de la *fente* que la loi de nivôse généralisa pour l'appliquer même aux propres et supprimer d'un seul coup toutes les difficultés que faisait naître le mode de succession suivi anciennement pour ces biens ; son art. 62 porte que la loi « ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission », et son art. 83 : « Une moitié de la succession sera attribuée aux parents paternels, l'autre moitié aux parents maternels. » Ces principes ont été conservés par les art. 732 et 733. Par suite il n'y a plus de distinction entre les propres et les acquêts, ni entre les biens venant du père et ceux venant de la mère : tous sont confondus en une seule masse, qui se partage en deux.

1801. Motifs. — Il a paru que la suppression pure et simple de la règle « Paterna paternis » aurait eu des conséquences choquantes. Si on suppose qu'un fils a reçu de son père une riche succession tandis que sa mère n'avait rien, et qu'il meure en laissant du côté de sa mère un proche parent, sa grand'mère par exemple, et du côté de son père des collatéraux éloignés, l'abandon de la règle ancienne aurait eu pour effet de faire passer à la famille de la mère toute une fortune qui venait du père : pour les parents paternels c'était l'équivalent d'une confiscation. Pour éviter ce résultat, on jugea nécessaire de partager la succession entre les deux branches de la famille.

Critique. — On doit reconnaître qu'avec ce système l'équité ne reçoit qu'une demi-satisfaction : dans l'espèce ci-dessus indiquée, les parents paternels reprennent sans doute une moitié de la fortune qui venait de leur côté, mais ils n'en reprennent que la moitié [1]. Si le motif de la fente est juste, et il paraît bien l'être, il faudrait en revenir au moins en partie à l'ancien système : on a déjà fait remarquer qu'une application de la règle « Paterna paternis » serait encore facilement réalisable, en la restreignant aux biens recueillis par le défunt dans la succession de ses ascendants du premier degré (G. d'Espinay, *La liberté de tester*, p. 47-48).

***1802. Exception à la règle.** — Par dérogation au principe, il ne se fait pas de partage entre les deux lignes *lorsqu'il existe un frère* (ou une sœur), *utérin ou consanguin*. Ce frère n'appartient qu'à une seule ligne ; néanmoins, à raison de la proximité du degré, la loi lui attribue toute la succession, à l'exclusion de tous autres collatéraux ou ascendants autres que le père et la mère (art. 752). En ce cas, la règle de la fente est entièrement mise de côté : une des lignes prend tout et l'autre n'a rien.

****1803. Effet de la division entre les deux lignes.** — Cette division a pour but de respecter les droits de chaque ligne. Par conséquent la moitié attribuée à chaque ligne lui reste *tant qu'il y a des héritiers pour la représenter*. Ainsi il peut se faire qu'une des deux lignes soit représentée par l'ascendant le plus proche, le père, et l'autre seulement par des collatéraux du dernier rang ; la division entre les lignes détruit donc la règle de la priorité des ordres d'héritiers, ou plutôt cette priorité est une règle secondaire et ne s'applique qu'à l'intérieur de chaque ligne.

Lorsque l'une des deux lignes n'est plus représentée par aucun parent au degré successible, il s'opère une *dévolution au profit de l'autre*, qui recueille alors toute la succession (art. 733, al. 3). Ceci montre que, malgré la fente, il y a non pas deux successions différentes, mais une seule succession répartie entre deux catégories d'héritiers.

1804. Abolition du privilège du double lien. — Ce privilège ne s'exerçait qu'entre parents d'égal degré et seulement dans la succession aux meubles et acquêts (Cout. d'Orléans, art. 330). La loi de nivôse (art. 89) l'avait déjà supprimé, et cette suppression a été maintenue par l'art. 733, al. 2, aux termes duquel « les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais il ne prennent part que dans leur ligne... ; les germains prennent part dans les deux lignes ».

[1] Il est à noter que le Code roumain n'a pas admis la division française entre les deux lignes (art. 675), bien que sur beaucoup de points il ait réglé les droits successoraux des ascendants et des frères et sœurs, conformément aux dispositions du Code Napoléon. Comparer le Code civil italien dont l'art. 742 donne la succession au collatéral le plus proche, « senza distinzione della linea paterna o materna ».

On a vu par application de cette dernière règle la succession entière recueillie par un héritier unique : un cousin épouse sa cousine germaine, un enfant naît de leur mariage, puis le père meurt et l'enfant lui succède ; cet enfant meurt à son tour, laissant les biens qui composaient la succession paternelle. Sa mère prend en cette qualité la moitié attribuée à la ligne maternelle ; mais, comme cousine germaine du père, elle représente la ligne paternelle, elle est la tante à la mode de Bretagne de son enfant et elle exclut les collatéraux plus éloignés : s'il n'y a ni ascendants ni autres collatéraux plus proches, c'est donc elle encore qui recueillera la moitié revenant à la ligne paternelle.

***1805. Abolition de la refente.** — Une fois la fente opérée, il ne se fait ensuite aucune division nouvelle de la succession. Et cependant les parents du père se subdivisent à leur tour, par rapport à lui, en parents paternels et parents maternels, et ainsi de suite à chaque génération en remontant. Mais l'art. 734 a supprimé ce système de *refentes successives* qui se pratiquait autrefois (ci-dessus, n° 1790) : l'héritier le plus proche, soit par son ordre, soit par son degré, dans la ligne paternelle prend tout ce qui revient à cette ligne.

§ 4. — *Droits héréditaires des différents ordres.*

A. — Ordre des descendants.

***1806. Composition.** — Cet ordre appelé le premier, à l'exclusion de tous les autres, se compose des *enfants et descendants légitimes* ou *légitimés* et des *enfants adoptifs*.

1° Partage de la succession entre les enfants.

****1807. Égalité des parts.** — Les enfants du premier degré sont tous appelés concurremment et également. C'est le principe du *partage égal,* dont il a déjà été parlé (ci-dessus, n° 1795). L'art. 745 rappelle expressément la suppression des privilèges de masculinité et de primogéniture, déjà prononcée par les lois de la Révolution. La loi ne fait non plus aucune différence entre les enfants de différents mariages : tous succèdent également au père ou à la mère dont ils sont également issus (même art.).

Le principe du partage égal est conforme à la nature ; il n'avait pu être sacrifié, au moyen âge, que sous l'influence de nécessités politiques. « Dieu a établi l'égalité d'homme à homme, disait Mirabeau dans son discours mentionné au n° 1795, à plus forte raison de frère à frère. » Du reste le partage égal est si bien entré dans nos mœurs que toute tentative pour l'altérer est d'avance condamnée à échouer[1]. Quand la Restauration a voulu

[1] Sur un projet spécial développé par le colonel Toutée, dans une Note lue à l'Académie des sciences morales en 1903, voyez le *Petit Temps* des 16 février et 12 mars 1903, Ambroise Colin, *La natalité française et les lois successorales,* dans la *Grande Revue* de mars 1903 ; H. Mazel, *Réforme sociale,* du 1er février 1903, p. 263. Le colonel se propo-

rétablir le droit d'aînesse en 1826, elle n'a réussi qu'à augmenter son impopularité. Sur cette tentative de réaction, voyez les intéressants détails que donnent M. Verdelot (dans sa thèse sur *le bien de famille en Allemagne*, p. 614-634, Paris, 1889) et M. Vallier (thèse précitée, §§ 502 à 513).

***1808. Partage par souches.** — On sait déjà que la représentation a pour effet d'attribuer la part d'un enfant prédécédé à ses propres enfants: ceux-ci ne sont donc comptés que pour une tête, à moins qu'ils ne viennent de leur chef. Voyez ci-dessus, n° 1778. On partage ensuite entre eux par parts égales le lot qui leur est attribué.

2° Droits successoraux dérivés de l'adoption.

1809. Droits de l'adopté. — L'adopté acquiert *tous les droits successifs d'un enfant légitime* (art. 350) et comme il est le seul enfant dans les cas ordinaires, il prendra toute la succession. C'est l'effet le plus considérable de l'adoption, et c'est celui qu'on se propose surtout de réaliser quand on adopte quelqu'un. S'il y a un ou plusieurs enfants naturels, l'adoption les réduit à la portion héréditaire que leur accorde l'art. 758, quand ils concourent avec des enfants légitimes; s'il survient ensuite à l'adoptant un enfant légitime, l'adopté concourt avec lui ; enfin l'adopté exclut tous les autres parents.

Défaut de réciprocité. — Le droit de succession qui résulte de l'adoption n'est pas *réciproque* : l'adoptant n'acquiert pas le droit de succéder à l'adopté (art. 351). Lorsque l'adopté meurt le premier, sa succession est dévolue à ses héritiers naturels, à l'exclusion de son père adoptif. La loi n'a pas voulu que l'adoption fût une cause de lucre et un moyen de s'assurer la succession d'un enfant, dont on escompterait la mort.

1810. Transmissibilité du droit de succession aux descendants de l'adopté. — Il arrive parfois que l'adopté meurt avant l'adoptant, par conséquent avant d'avoir recueilli le bénéfice de l'adoption. Quand il laisse lui-même des enfants, ceux-ci pourront-ils plus tard prendre sa place et succéder à l'adoptant? Dans l'opinion qui règne en doctrine, les enfants de l'adopté n'ont pas ce droit (Demolombe, t. VI, n° 141 ; Aubry et Rau, t. VI, § 560, texte et note 6 ; Laurent, t. IV, n° 250) On en donne une seule raison, et qui suffit : la loi ne la leur a point accordé. L'art. 350 ne parle que de l'adopté lui-même. Mais la jurisprudence a cru pouvoir le leur reconnaître (Cass., 10 nov. 1869, D. 70. 1. 209, S. 70. 1. 18 ; Agen, 1er juin 1885, Dalloz, *Suppl.*, t. I, p. 304, note 1, S. 86. 2. 63). Elle se prononce en ce sens depuis un arrêt du 2 décembre 1822 (Dalloz, *Répert.*, v° Adoption, n° 186, note 1 ; S. 23. 1. 74 ; S. chr. 7. 1. 164). Cette jurisprudence, aujourd'hui bien établie, est en elle-même très raisonnable et très équitable, mais elle ne peut s'appuyer sur aucun bon argument de texte. Tous ceux qui ont été présentés ont été réfutés (Aubry et Rau, § 560, note 6, 4e édit., t. VI, p. 135). La jurisprudence s'est laissé entraîner par le désir de faire produire à l'adoption tous les effets qu'en attendent les parties : l'adoptant a voulu se créer une famille, avoir des enfants et des petits-enfants. Tel est bien le but du contrat mais la loi n'a pas dit que le lien de parenté civile né de l'adoption s'étendrait aux descendants de l'adopté. — L'arrêt de 1869 précise un point que la jurisprudence antérieure laissait dans le doute, à savoir qu'il n'y a pas lieu de distinguer, parmi les enfants de l'adopté, entre ceux qui sont nés depuis l'adoption et ceux qui étaient nés auparavant : tous ont un droit égal sur la succession de l'adoptant,

sait de relever le taux de la natalité en favorisant dans les successions les familles nombreuses ; il croyait faire du nouveau, et son projet n'était qu'une imitation défectueuse des lois caducaires de l'antiquité. — D'autre part, dans sa thèse citée au n° 1780 ci-dessus, M. Gallet a bien montré ce qu'il y a de faux et d'exagéré dans les lamentations de Le Play et dans les espérances qu'il fondait sur une réforme successorale.

La jurisprudence a ainsi complété la loi en suivant les indications du législateur lui-même, qui transmet le nom de l'adoptant aux enfants de l'adopté, et les principes généraux qui font passer aux enfants d'un enfant légitime tous ses droits successoraux : l'adopté n'acquerrait pas sur la succession de l'adoptant tous les droits d'un enfant légitime, s'il ne pouvait pas les transmettre à ses enfants.

B. — Ordre des frères et sœurs.

****1811. Sa composition.** — Après les descendants du défunt, la loi appelle un *ordre mixte,* composé des frères et sœurs et de leurs descendants réunis aux ascendants les plus proches, ceux du premier degré seulement, le père et la mère. A raison de la priorité accordée ainsi à certains collatéraux, que la loi a retirés de la classe des collatéraux ordinaires pour les faire passer avant les ascendants, on leur donne très fréquemment le nom de *collatéraux privilégiés*, expression qui s'est étendue aussi au père et à la mère, appelés parfois *ascendants privilégiés,* par opposition aux ascendants ordinaires qui ne concourent pas avec les frères et sœurs et sont primés par eux.

****1812 Droits des frères et sœurs.**— S'ils sont tous du même lit, la succession se partage entre eux *par égales portions* (art. 752) ; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt : les germains prennent part dans les deux lignes ; les utérins ou les consanguins seulement dans la ligne à laquelle ils appartiennent ; s'il n'y a que des frères et sœurs consanguins ou que des frères et sœurs utérins, ils succèdent néanmoins à la totalité de la succession, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne (art. 752).

***1813. Droits des descendants de frères ou de sœurs.** — Rappelons que la représentation est admise au profit des enfants et des descendants des frères et sœurs (ci-dessus, n° 1774). Les art. 750, 751 et 753 ont soin de mentionner à côté des frères et sœurs leurs « descendants » ou leurs « représentants ».

****1814. Droits des père et mère.** — Quand il n'y a ni père ni mère, les frères et sœurs prennent *la totalité de la succession.* Quand le père ou la mère survivent, ou tous deux, chacun d'eux a le droit de concourir avec les frères et sœurs et de prendre *un quart de la succession.* De la sorte, quand le père et la mère sont tous deux vivants, les frères et sœurs sont réduits à la *moitié de la succession ;* quand il ne reste que le père ou que la mère, les frères et sœurs ont *les trois quarts* (art. 748, 749 et 751). L'ascendant qui survit ne recueille donc pas la part de l'autre : elle accroît aux frères et sœurs.

Ce concours possible des père et mère avec les frères et sœurs fait véritablement de cette classe d'héritiers un ordre *mixte.*

C. — Ordre des ascendants.

****1815. Règles de la dévolution.** — Quand le défunt n'a laissé ni descendants ni collatéraux privilégiés, la succession est dévolue aux ascendants. Pour eux les règles très simples. S'il y a des ascendants dans les deux lignes, *la succession se partage par moitiés*, conformément au principe de la fente. Dans chaque ligne, *l'ascendant le plus proche exclut les plus éloignés*[1]. Entre ascendants du même degré et de la même ligne, *le partage se fait toujours par tête*, aucune représentation n'étant possible (art 746).

La loi suppose qu'il existe des ascendants dans les deux lignes; s'il n'y en a que dans une seule, la moitié qui revenait à la ligne vacante n'accroît pas aux ascendants de l'autre ligne ; elle est dévolue aux collatéraux.

D.—Ordre des collatéraux ordinaires.

***1816. Effet de la fente entre les deux lignes.**— Les collatéraux ordinaires sont appelés dans chaque ligne à défaut d'ascendants; peu importe qu'il y ait des ascendants, même du premier degré, dans l'autre ligne. Dans chaque ligne, le collatéral le plus proche exclut le plus éloigné ; à degré égal, ils succèdent par tête (art. 753).

Les collatéraux germains prennent part dans les deux lignes.

***1817. Usufruit légal des père et mère.** — Quand l'une des lignes n'est plus représentée que par des collatéraux ordinaires, tandis que dans l'autre il y a encore l'ascendant du premier degré (père ou mère), la loi fait à ce dernier un petit avantage. Elle a pensé que le partage égal de la succession ne répondait sûrement pas au vœu du défunt, qui devait préférer son père ou sa mère à des cousins peut-être fort éloignés : l'art. 754 donne alors à l'ascendant *l'usufruit du tiers de la moitié* dévolue aux collatéraux ce qui correspond à un sixième de la succession. Comme l'ascendant a déjà sa moitié, soit trois sixièmes, cela lui fait la jouissance de *quatre sixièmes* c'est-à-dire les deux tiers de la succession. Nous rencontrons ici un cas tout à fait remarquable *d'usufruit légal.*

Cet usufruit est soumis aux règles ordinaires ; le père ou la mère qui le réclame n'est pas dispensé de fournir caution.

***1818. Limite du degré successible.**— Au delà du 12e degré les parents ne succèdent plus (art. 755, al. 1).

Dans l'ancien droit il n'y avait aucune limite de ce genre ; quelque éloignée que fût la parenté, tant qu'elle était reconnaissable, elle donnait le droit de succéder. On a jugé que

[1] Au premier rang se trouvent nécessairement les père et mère que leur qualité d'ascendants privilégiés, concourant au besoin avec les frères et sœurs, n'exclut nullement de l'ordre des ascendants.

ces recherches de parenté lointaine étaient une source de difficultés : c'est prendre beaucoup de souci de la tranquillité des gens et leur enlever leur bien pour les empêcher d'avoir des procès. Cependant certains Codes modernes ont adopté une limite encore plus courte : le Code espagnol s'arrête au 6e degré. Une réforme analogue a été souvent demandée en France, avec le désir avoué d'alimenter les caisses de l'État en y faisant tomber le plus grand nombre possible de successions privées[1]. La statistique prouve que c'est un vain espoir ; les successions qui tombent en déshérence sont bien rares et ordinairement elles ne valent pas grand'chose. Limitez le droit successoral, et vous développerez, non les ressources de l'État, mais l'usage du testament.

1819. **Dévolution d'une ligne à l'autre. — Quand l'une des lignes fait entièrement défaut, la moitié qui lui était attribuée fait retour à l'autre ligne (art. 755, al. 2).

CHAPITRE II

DROITS DES PARENTS NATURELS

*1820. **Division.**—Les parents naturels admis à se succéder les uns aux autres sont :

1° Les *enfants naturels*, qui peuvent recueillir la succession de leurs père et mère ;

2° les *père et mère naturels*, qui succèdent à l'enfant décédé sans postérité ;

3° les *frères et sœurs naturels*, enfants naturels d'un même père ou d'une même mère, qui se succèdent entre eux, à défaut d'enfants ou d'ascendants.

Ces différents droits ne sont accordés qu'à la *parenté naturelle simple*. Quand cette parenté est *adultérine* ou *incestueuse*, le droit de succession disparaît ; la loi n'accorde plus que des *aliments*. Voyez ci-dessous, nos 1844 et suiv.

§ 1. — *Droits successifs des enfants naturels simples.*

1820 *bis*. Bibliographie. — Daguesseau, *Dissertation sur les bâtards* (*Œuvres complètes*, t. VII). — Desportes, *Essai historique sur les enfants naturels*. — Amiable, *De la condition des enfants illégitimes dans l'ancien droit français*

[1] Chambre, session 1891, annexes, *Journal officiel*, p. 274 et suiv., session 1892, p. 994 et suiv. Comp. Bigallet, *L'hérédité collatérale*, thèse, Lyon, 1898 ; Romiguié, *De l'hérédité collatérale*, thèse, Paris, 1903 ; Vallier, *Fondement du droit successoral*, thèse, Paris, 1902, § 698 et suiv. ; Turgeon, *Le socialisme et le droit d'hérédité*, Travaux de l'Université de Rennes, 1907.

(*Revue historique*, 1864, t. X). — Morillot, *De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe* (*Revue historique*, 1866, t. XII). — Loiseau, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1841. — Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relative aux enfants nés hors mariage* (*Revue étrangère*, 1842, t. IX). — Henri Coulon, *De la condition des enfants naturels reconnus dans la succession de leurs père et mère*, 1896. — Aussitôt après sa promulgation, la loi du 25 mars 1896 a fait l'objet d'un certain nombre de commentaires, notamment ceux de MM. Campistron, Defrénois, Fortier, Grimod, P. Henry, Mesnard, Poilroux et Vigié. — Voyez aussi ci-dessous, n° 1833, en note, et t. I, n° 1505.

A. — Notions historiques.

***1821. Ancien droit.** — Les *bâtards* (expression comprenant tous les enfants qui ne sont pas nés d'un mariage légitime) étaient considérés comme n'appartenant à aucune famille, d'où l'on tirait cette conséquence qu'ils n'avaient le droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs propres enfants légitimes (Pothier, *Des personnes et des choses*, n°s 116 et 118). La maxime : « Bâtards ne succèdent point » était constante, aussi bien en pays de droit écrit qu'en pays de coutume[1].

*** 1822. Législation révolutionnaire.** — Par un esprit outré de réaction, dû surtout à l'influence sentimentale de J.-J. Rousseau, on se jeta dans l'excès contraire. La loi du 12 brumaire an II (2 nov. 1793) leur donna *les mêmes droits de successibilité qu'aux enfants légitimes*, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale (art. 2 et 9) et fit même rétroagir en partie ses dispositions jusqu'au 14 juillet 1789[2]. Cette même loi donnait aux enfants adultérins des droits héréditaires, égaux au tiers de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils étaient nés dans le mariage. Si désastreuses furent les applications de cette loi qu'il fallut les arrêter (L. 15 thermidor an IV) : l'effet rétroactif fut supprimé. Malgré ce tempérament, un danger plus grand encore subsistait : on amoindrissait le mariage en ne faisant plus de différence entre les diverses catégories d'enfants. Pour plus de détails, voir Vallier, n°s 283 à 289.

***1823. Le Code civil.** — Le Conseil d'État s'arrêta à un parti intermédiaire : on n'enleva pas aux enfants naturels tout droit de succession ; on réduisit seulement leur part, de façon à faire une différence marquée entre eux et les enfants légitimes, et le chiffre qu'on adopta fut en principe, celui qui avait été appliqué par la loi de l'an II aux enfants adultérins : en con-

[1] Dans les pays qui ne rattachent pas l'enfant naturel à son père, le droit de succession n'existe pas au profit de l'enfant sur les biens paternels. Il en est ainsi en Roumanie (Alexandresco, p. 168).

[2] L'art. 10 de la loi du 12 brumaire avait même accordé par avance une certaine rétroactivité aux dispositions du futur code civil relatives aux enfants naturels. Voyez Cass., 28 juin 1815, S. 15. 1. 329 ; Cass., 9 mars 1824, S. 24. 1. 144 ; Cass., 3 fév. 1841, S. 41. 1. 117.

cours avec des enfants légitimes, l'enfant naturel n'avait plus que le tiers d'une part d'enfant (anc. art. 757).

En outre le Code avait refusé aux enfants naturels la qualité d'héritiers : « Les enfants naturels ne sont point héritiers », disait l'ancien art. 756. Ils se trouvaient ainsi classés dans la catégorie des *successeurs irréguliers*, c'est-à-dire *privés de la saisine*, et obligés de demander l'envoi en possession. Comp. ci-dessus, n°s 1780 *bis* et 1782.

* **1824. Réforme de 1896.** — Les anciennes idées d'égalité entre tous les enfants, qu'avait semées la philosophie du XVIIIe siècle et qui avaient triomphé un moment pendant la Révolution, n'ont jamais disparu. On a demandé avec persistance le relèvement des droits successoraux de l'enfant naturel, et même quelques intransigeants voulaient en revenir à l'assimilation complète. En fait, les mœurs se montraient moins rigoureuses que la loi, et les parents naturels cherchaient souvent à faire parvenir leur fortune, par des moyens détournés, à un enfant qu'ils préféraient à des collatéraux et même parfois à leurs ascendants. Il y avait là une indication. La loi du 25 mars 1896 a opéré une réforme considérable qui a donné satisfaction dans une large mesure à ces tendances. *La part héréditaire de l'enfant naturel a été augmentée* ; on a fait de lui un *héritier légitime*, ce qui lui a donné la *saisine* ; en même temps on a élevé le chiffre de la *réserve* que la jurisprudence lui reconnaissait déjà sous l'empire des textes primitifs. Nous reviendrons sur ces deux derniers points, quand nous nous occuperons de la saisine et de la réserve en général (ci-dessous, n°s 1933-1934 et n°s 3070-3071). Pour l'instant nous n'avons à étudier que la part héréditaire de l'enfant naturel.

B. — Cas où l'enfant naturel a un droit de succession.

* **1825. Établissement de la filiation.** — Un enfant naturel ne peut avoir de droits héréditaires qu'à une condition : il faut qu'il soit *légalement reconnu* (art. 756), c'est-à-dire que sa filiation doit être non seulement certaine en fait, mais constatée dans l'une des formes déterminées par la loi.

Sur ce point la législation moderne n'a jamais varié. Dans l'ancien droit, on accordait des aliments au bâtard qui avait été « avoué » par son père ou sa mère, mais on n'avait pas établi de forme particulière pour cet aveu. La loi du 12 brumaire an II obligeait l'enfant naturel qui voulait succéder à « prouver sa possession d'état » (art. 8). Le Code civil, qui a écarté la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, a exigé une reconnaissance régulière.

On a prétendu qu'il ne s'agissait ici que de la reconnaissance volontaire, et non de cette espèce de reconnaissance forcée qui résulte d'un jugement, à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité. Mais les deux procédés sont toujours mis sur la même ligne par la loi : le droit de succéder est attaché à la filiation ; peu importe le moyen dont on s'est servi pour l'établir.

1826. Exception à la règle. — Rappelons pour mémoire l'exception qui dérive

de l'art. 337 et qui concerne l'enfant naturel reconnu pendant le mariage (t. I, n° 1495); elle consiste en ce que l'enfant est privé de ses droits successoraux, bien qu'il soit porteur d'une preuve régulière de sa filiation.

*1827. **Successions dévolues à l'enfant naturel.** — Nos lois modernes ont répudié le système de la Convention qui avait fait entrer l'enfant naturel dans la famille de ses père et mère et lui permettait de succéder à leurs ascendants et à leurs collatéraux : l'enfant naturel n'a *aucun droit sur les successions des parents de ses père et mère* (art 756 anc. ; art. 757 nouv.). Les *seules successions* qu'il soit appelé à recueillir sont donc *celle de son père* et *celle de sa mère* (mêmes articles). La reconnaissance ne rattache l'enfant qu'à ses parents immédiats. Comparez les effets de l'adoption (ci-dessus, n° 1809).

*1828. **Nature du droit de l'enfant naturel.** — Actuellement l'enfant naturel est *héritier* au même titre que les enfants légitimes; il n'y a de différence entre les deux catégories d'enfants que dans la quotité de leurs parts. Cependant la formule employée primitivement par le Code, formule que la loi de 1896 a conservée, avait fait naître des doutes sur la nature du droit de l'enfant naturel. Après avoir dit « les enfants naturels ne sont point héritiers », le texte ajoutait : « La loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou mère décédés...», sans dire quel était ce droit. On avait proposé d'en conclure que l'enfant, n'étant point héritier, n'était pas *copropriétaire* avec les autres, mais seulement *créancier* de la succession. Mais cette idée n'avait eu aucun succès dans la jurisprudence, et l'enfant naturel était depuis le Code civil traité comme ayant un droit de propriété dans la succession, à titre de successeur irrégulier ; par conséquent on l'autorisait à réclamer sa part en nature au moyen de l'action en partage. A plus forte raison en est-il de même à présent qu'il est un héritier légitime, pourvu de la saisine.

C. — Quotité accordée à l'enfant naturel.

1829. Variabilité de ses droits. — Seul parmi tous les parents naturels, l'enfant naturel concourt avec les parents légitimes, même les plus favorables, les enfants légitimes. Il n'est exclu par aucun d'eux, sauf l'application de l'art. 337. Mais sa part varie *selon la qualité des parents légitimes qu'a laissés son père ou sa mère*. La loi a distingué trois hypothèses, selon que ces héritiers sont : 1° des enfants légitimes; 2° des ascendants ou des collatéraux privilégiés ; 3° des collatéraux ordinaires.

1830. Observation. — Pour fixer les droits de l'enfant naturel dans ces différentes hypothèses, la loi emploie la formule « si les père ou mère *laissent* des descendants..., des ascendants..., des frères ou sœurs... ».

L'expression « laissent » doit s'entendre non pas de la simple existence au jour du décès, mais bien de l'*arrivée à la succession* ; on ne tient pas compte des parents renonçants ou indignes. La loi doit donc être lue ainsi : « Si les père et mère laissent *pour héritiers* des descendants, etc... » (AUBRY et RAU, t. VI, § 605, texte et note 15 ; HUC, t. V, n° 94).

Cependant il a été jugé par plusieurs arrêts que les droits de l'enfant naturel se déterminent suivant l'état de la famille au jour de l'ouverture de la succession (Lyon, 23 mars 1855, D. 56. 2. 2; Paris, 6 août 1872, D. 74. 2. 94, S. 73. 2. 197; Cass., 20 avril 1875, D. 75. 1. 487 ; Trib. de la Seine, 27 mai 1898, D. 99. 2. 306). Mais la portée de cette jurisprudence est limitée par cette circonstance que dans toutes ces affaires les parents légitimes se trouvaient exclus par la présence d'un légataire universel et n'avaient ni à accepter ni à répudier.

1° Concours de l'enfant naturel avec des enfants légitimes.

****1831. Fixation de sa part.** — C'est en ce cas que le droit héréditaire de l'enfant naturel se trouve réduit à son minimum : la loi veut protéger la famille légitime, encourager le mariage en relevant la situation des enfants qui en sont issus. Actuellement (depuis 1896), sa part est *la moitié de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime* (art. 758 nouv.) ; le Code Napoléon (art. 757 anc.) ne lui en donnait que *le tiers*.

1832. Applications pratiques. — Deux cas sont à distinguer.

1° EXISTENCE D'UN SEUL ENFANT NATUREL. — Alors le procédé à suivre est certain : on compte provisoirement l'enfant naturel comme s'il était légitime ; puis *on lui enlève la moitié de sa part* et cette moitié se répartit entre les enfants légitimes par parts égales de façon à grossir la leur. En calculant les diverses hypothèses possibles on trouve que l'enfant naturel obtient :

Un quart de la succession (moitié d'une moitié), quand il existe *un seul* enfant légitime (avant 1806 c'était un sixième) ;

Un sixième (moitié d'un tiers), quand il y a *deux* enfants légitimes (avant 1896 c'était un neuvième) ;

Un huitième (moitié d'un quart), quand il y a *trois* enfants légitimes (avant 1896 c'était un douzième) ;

Un dixième (moitié d'un cinquième), quand il y a *quatre* enfants légitimes (avant 1896 c'était un quinzième) ;

Un douzième (moitié d'un sixième), quand il y a *cinq* enfants légitimes (avant 1896 c'était un dix-huitième) ;

Un quatorzième (moitié d'un septième), quand il y a *six* enfants légitimes (avant 1806 c'était un vingt et unième) ;

Un seizième (moitié d'un huitième), quand il y a *sept* enfants légitimes (avant 1896 c'était un vingt-quatrième) ;

Et ainsi de suite.

2° EXISTENCE DE PLUSIEURS ENFANTS NATURELS. — D'une application facile au cas où il n'y a qu'un enfant naturel, le procédé de la loi se complique singulièrement quand il y en a plusieurs. De nombreux systèmes ont été proposés pour résoudre ces difficultés. Celui qui a toujours prévalu devant la jurisprudence est le plus simple de tous et c'est cette simplicité même qui a fait son succès : on procède *de la même façon que s'il n'y*

avait qu'un seul enfant naturel ; on les suppose tous légitimes, puis on enlève à chacun la moitié de sa part (avant 1896 c'était les deux tiers qu'on lui enlevait). Les portions ainsi retranchées aux enfants naturels sont alors versées dans la masse réservée aux enfants légitimes et accroissent la part de ceux-ci (Cass., 26 juin 1809, Dalloz, *Répert.*, v° Succession, n° 312, S. 9. 1. 337, S. chr. 3. 1. 77 ; Cass., 28 juin 1831, Dalloz, *ibid.*, n° 284, S. 31. 1. 279).

Dans les discussions de la loi de 1896, il a été formellement entendu qu'on maintenait le système suivi en jurisprudence.

1833. Critiques doctrinales. — Cette façon de régler les droits des enfants naturels est vivement discutée, encore aujourd'hui, dans la doctrine. D'abord elle a l'inconvénient de *ne pas maintenir un rapport constant* entre la part de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime. Ainsi en supposant un seul enfant naturel, ce rapport est de 1 à 3, quand il y a un seul enfant légitime ; il passe de 2 à 5, quand il y a deux enfants légitimes, l'enfant naturel prenant deux douzièmes et chacun de ses frères cinq douzièmes ; il devient 3 à 7, quand il y a trois enfants légitimes (un huitième ou trois vingt-quatrièmes à l'enfant naturel, sept vingt-quatrièmes à chacun de ses frères), etc.

En outre, et ceci est plus grave, quand il y a plusieurs enfants naturels, on ne donne pas à chacun d'eux la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, car on ne le fait pas bénéficier des retranchements subis par ses frères ou sœurs naturels ; on le traite aussi rigoureusement que si tous, excepté lui, étaient légitimes. On n'applique donc pas exactement la lettre de la loi, dont le système suivi en pratique est une violation certaine [1].

[1] Les systèmes qui avaient été proposés autrefois pour l'application de l'ancien art. 757 n'ont plus qu'un intérêt historique. Aussi nous dispenserons-nous de les exposer. Tous se heurtaient à une difficulté : pour déterminer la part de chaque enfant naturel il fallait supposer connue celle des autres, qui n'était pas fixée, de sorte qu'on ne savait par lequel commencer. De plus, on aboutissait toujours à donner plus de la moitié de la succesion aux enfants naturels dès qu'ils étaient plus de trois, et ce résultat paraissait contraire au système de la loi qui n'accordait la moitié de la succession aux enfants naturels qu'autant que le défunt n'avait pas laissé de descendants légitimes (art. 757 anc.) J'avoue que cette dernière objection me paraît sans valeur, car ce résultat est voulu par la loi elle-même qui n'a pas appliqué le même principe de détermination des parts aux diverses hypothèses prévues par elle : du moment où dans le premier cas elle fait varier la part des enfants naturels d'après leur nombre, il est évident que cette part peut devenir plus forte que celle des enfants légitimes au cas où les enfants naturels sont nombreux et où les autres ne le sont pas. — La difficulté devant laquelle s'étaient arrêtés tous les systèmes n'était cependant pas insurmontable ; elle a été résolue mathématiquement par M. Chénon, dans deux opuscules sur *Les droits successifs des enfants naturels en concours avec des enfants légitimes*, publiés en 1898 par la maison Larose. L'auteur a joint au second deux tableaux exprimant, l'un en fractions ordinaires, l'autre en fractions décimales, la part de l'enfant naturel dans toutes les hypothèses possibles en faisant varier le nombre des deux catégories d'enfants de 1 à 10, ce qui est amplement suffisant. Dans une note, on trouve la différence entre les résultats auxquels on arrive ainsi et ceux que donne la jurisprudence : en supposant une succession de 140 000 francs, à répartir entre 4 enfants légitimes et 3 enfants naturels, le système de M. Chénon donne à chaque enfant naturel : 11 760 francs ; la jurisprudence ne lui donne que 10 000 francs. La différence (1 760 francs) représente la somme dont on le prive en l'empêchant de prendre part au retranchement que subissent ses deux autres frères naturels. — Signalons enfin pour mémoire l'ingénieux système de M. Gros, avocat à Lyon, dit *système de la répartition*. L'auteur partait de l'idée qu'en parlant de l'enfant naturel au singulier, l'art. 757 n'avait pas prévu le cas où il y en aurait plusieurs ; c'était donc à l'interprète de le déterminer. Le procédé le plus naturel lui paraissait être de calculer d'abord la part qu'aurait un enfant naturel unique, supposé en concours successivement avec 1, 2, 3, 4..., enfants naturels : dans chaque hypothèse, il existe une *proportion* particulière ou *rapport* entre la part de l'enfant naturel et celle des enfants légitimes. On maintient ensuite cette proportion quel que soit le nombre des enfants naturels. Ainsi, selon le Code primitif, un seul enfant naturel en concours avec un seul enfant légitime avait un sixième de la succession ; le rapport était de 1 à 5. Par suite, toutes les fois qu'il y avait un seul enfant légitime, chaque enfant naturel, quel

Il est regrettable que les Chambres de 1896 n'aient pas profité de l'occasion pour adopter un système plus clair et plus simple, en décidant que la part des enfants naturels serait toujours la moitié de celle d'un enfant légitime. On a voulu consacrer le mode de calcul suivi en jurisprudence : nos législateurs ignoraient-ils donc les critiques irréfutables que cette jurisprudence soulève ?

2° Concours de l'enfant naturel avec des ascendants ou des collatéraux privilégiés.

***1835. Fixation invariable de la part des enfants naturels.** — Lorsque le père et la mère de l'enfant naturel ne laissent pas de descendants, mais seulement des ascendants ou des frères et sœurs, le Code primitif accordait à l'enfant *la moitié* de la succession (art. 757 anc.); la loi de 1896 lui en donne *les trois quarts* (art. 759 nouv.).

1835. Partage de la succession. — Ce premier partage opéré des trois quarts au quart, les enfants naturels se partagent entre eux et par tête les trois quarts qui leur reviennent; le dernier quart est dévolu entre les parents légitimes, qui se le partagent dans la même proportion que si c'était la succession totale.

Bien que le texte nouveau parle encore au singulier comme l'ancien, il est certain que les enfants naturels, quel que soit leur nombre, n'ont jamais droit *à eux tous* qu'à la portion assignée par la loi à l'enfant naturel, quand il n'y en a qu'un seul.

1836. Descendants des frères et sœurs. — Le texte ancien ne faisait pas mention des descendants des frères et sœurs. Une controverse s'était élevée pour savoir s'ils pouvaient représenter leurs parents et réduire l'enfant naturel à la portion qui lui est attribuée quand il est présence de frères ou de sœurs de son père ou de sa mère. La jurisprudence avait résolu la question négativement et rejetait les descendants de frères ou de sœurs dans la classe des collatéraux ordinaires, ce qui avait pour résultat de grossir à leurs dépens la part de l'enfant naturel (Cass., 4 janv. 1875, D. 75. 1. 487, S. 75, 1. 53). Les Chambres ont donné tort sur ce point à la jurisprudence, en assimilant formellement les neveux et nièces du défunt à ses frères et sœurs (art. 759 nouv. *in fine*).

3° Concours de l'enfant naturel avec des collatéraux ordinaires.

***1837. Priorité de l'enfant naturel.** — En pareil cas le Code civil donnait à l'enfant naturel les trois quarts de la succession (art. 757 anc.); la loi de 1896, faisant un pas de plus, lui donne *toute la succession* (art. 768 nouv.).

1838. Combinaison à prévoir. — Il est possible qu'il y ait *un ou plusieurs ascendants dans une ligne* et *des collatéraux ordinaires dans l'autre.* Faut-il appliquer alors distributivement aux deux lignes les deux art. 759 et 760, c'est-à-dire commencer par procéder à la fente et donner à l'enfant naturel : 1° les trois quarts de la moitié attribuée à la ligne représentée par des ascendants ; 2° la totalité de la moitié revenant à la ligne qui n'est plus représentée que par des collatéraux ? Non ; dans l'esprit de la loi, il faut procéder d'abord à la séparation entre ce qui revient aux parents légitimes et

qu'en fût le nombre, avait toujours une part égale au cinquième de la part de l'enfant légitime. On y arrivait aisément en comptant l'enfant légitime comme valant à lui seul cinq enfants naturels (*Revue de droit français et étranger,* dite *Revue Fœlix,* 1844, II, p. 507 et 594).

ce qui est attribué aux enfants naturels [1] ; la fente est une opération d'ordre secondaire qui n'intéresse que la famille légitime. D'ailleurs on faisait, même avant 1896, un argument topique : s'il n'y avait pas de collatéraux du tout dans l'une des lignes, la succession entière reviendrait à l'ascendant (ci-dessus, n° 1819) et l'enfant naturel, en concours avec lui seul, ne prendrait en tout que les trois quarts (ou six huitièmes) de la succession ; sa situation ne peut pas être améliorée par cette circonstance que la famille légitime est encore représentée dans ses deux branches ; or le système de la fente préalable entre les deux lignes lui donne sept huitièmes au lieu de six.

D. — Droits des enfants de l'enfant naturel.

1839. Enfants légitimes venant par représentation. — Lorsque l'enfant naturel est prédécédé, laissant des enfants ou autres descendants légitimes, ceux-ci peuvent le représenter dans la succession de son père ou de sa mère pour concourir soit avec d'autres enfants naturels, soit avec des enfants légitimes ou d'autres parents. Sur ce point nous avons un texte formel, l'art. 761 nouv., aux termes duquel les descendants de l'enfant naturel « peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents ».

1840. Enfants légitimes venant de leur chef. — La vocation à une succession par représentation suppose l'aptitude personnelle du représentant à recueillir de son chef (ci-dessus, n° 1770). Il résulte donc de l'art. 761 que les descendants de l'enfant naturel sont personnellement aptes à succéder à ses parents, et qu'ils pourraient venir de leur chef, d'après le droit commun, en cas d'indignité ou de renonciation de sa part.

1841. Enfants naturels. — La disposition de l'art. 761 ne peut profiter qu'aux enfants ou descendants *légitimes* de l'enfant naturel ; quoique ce texte ne s'explique pas à cet égard et parle d'une manière vague, il est inapplicable aux enfants naturels de l'enfant naturel. Ceux-ci sont écartés par l'art. 757, aux termes duquel : « Le loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents de leur père et de leur mère. » N'étant pas appelés de leur chef à ces successions, ils ne peuvent pas non plus y représenter leur père naturel ou leur mère naturelle.

E. — Dispositions transitoires.

1842. Ancienne disposition du Code. — Le Code civil ne s'était pas contenté de réduire les droits de l'enfant naturel ; il avait prévu que ces droits pourraient parfois paraître excessifs aux parents eux-mêmes et il avait voulu laisser à ceux-ci *un moyen d'écarter l'enfant naturel de leur succession*, pour éviter tout contact entre lui et la

[1] Cet argument était plus fort avant la loi de 1896, parce qu'il y avait d'un côté une succession légitime et de l'autre une succession irrégulière ; aujourd'hui, il y a succession légitime des deux côtés, et cette séparation préalable des deux successions apparaît comme moins nécessaire. Pour moi, je croirais volontiers qu'on interprète mal la loi. En présence d'un enfant naturel les collatéraux ne doivent rien recevoir, et il est peu raisonnable de leur donner une part de succession parce qu'il reste un ascendant de l'autre ligne.

famille légitime. Le père ou la mère devait donner entre vifs à son enfant *la moitié au moins de sa part ab intestat*, avec *déclaration expresse* que son intention était de réduire l'enfant à ce qui lui était ainsi donné. L'enfant n'avait plus rien à réclamer dans la succession de son père ou de sa mère, à moins toutefois que ce qu'il avait reçu ne fût inférieur à la moitié de sa part, auquel cas il pouvait réclamer le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié (art. 761). L'enfant était dédommagé de cette diminution de sa part par l'avance qui lui en était faite du vivant de son père.

Cette espèce de *pacte sur succession future* [1], autorisé par la loi, manquait le plus souvent son but parce que l'enfant, qu'on avait voulu écarter de la succession, intervenait au partage pour vérifier s'il avait bien réellement reçu tout ce qui devait lui revenir.

1843. Disposition de la loi actuelle. — En 1896 on a supprimé cet arrangement, qui n'avait pas donné dans la pratique les résultats avantageux qu'on en avait espérés. On a donc fait disparaître l'ancien art. 761. Mais, comme on n'a pas voulu faire une loi rétroactive, on a respecté les contrats qui avaient pu se faire sur la foi de la loi ancienne (L. 25 mars 1896, art. 9, al. 1er). On pourra donc voir encore pendant assez longtemps peut-être appliquer l'art. 761, aujourd'hui abrogé, et cependant la loi nouvelle a porté à ces contrats une atteinte qui est bien réellement un *effet rétroactif* : l'enfant naturel ne sera privé de toute réclamation qu'autant qu'il aura reçu *avant la promulgation de la loi nouvelle* la moitié de ce qui lui est *actuellement accordé par les art. 758, 759 et 760 nouveaux.*

§ 2. — *Droits des enfants adultérins ou incestueux.*

****1844 Privation de tout droit successoral.** — Alors que la Convention avait accordé à ces enfants le tiers de ce qu'ils auraient eu, s'ils avaient été légitimes, le Code civil les a privés de tout droit héréditaire (art. 762), et la loi de 1896 n'a rien changé à cet état de choses.

Sous l'ancien régime, on leur refusait même le droit d'obtenir une pension alimentaire, ce qui était vraiment inhumain.

****1845. Droit à des aliments.** — Le droit moderne leur accorde des aliments (art. 762, al. 2). Ceci suppose qu'il peut y avoir une filiation adultérine ou incestueuse légalement prouvée, malgré les art. 335 et 342, dont le premier annule la reconnaissance volontaire de cette filiation et le second prohibe sa recherche en justice. Sur les cas où la preuve s'en trouve légalement établie, voyez t. I, n° 1541.

1846. Règlement de la pension. — D'après l'art. 763, « ces aliments sont réglés eu égard aux *facultés* du père et de la mère, au *nombre* et à la *qualité* des héritiers [2] ». Ce que dit la loi des « facultés » de la succession n'est que l'application du droit commun ; les aliments sont proportionnels aux ressources de celui qui les doit. Ce qu'elle dit du nombre et de la qualité des héritiers semble au contraire une règle spéciale : elle veut dire probablement que plus la parenté de ceux qui succèdent au défunt est éloignée, plus on pourra faire la part belle à l'enfant incestueux ou adultérin.

1847. Remplacement de la pension par un versement en capital. —

[1] Ce n'était pas nécessairement un *pacte*, car la jurisprudence décidait, contrairement à l'avis général de la doctrine, que le père où la mère pouvait imposer cette donation à son enfant, même quand celui-ci refusait de l'accepter. La question n'a plus d'intérêt aujourd'hui.

[2] La loi ajoute « légitimes ». Le mot est de trop : il faut évidemment tenir compte de tous les successeurs, quelle que soit leur qualité, même des successeurs irréguliers et des légataires universels.

Comme le texte parle d' « aliments » et non de « pension alimentaire », la plupart des auteurs pensent que la succession pourrait se libérer pour l'avenir en versant à l'enfant un capital suffisant pour le faire vivre. Ceci ne semble guère conforme au vœu de la loi, car c'est transformer un *créancier d'aliments* en une sorte de successeur prenant une partie de l'hérédité.

1848. Invariabilité de la pension. — Ce ne sont pas les héritiers du défunt qui doivent *personnellement* des aliments à l'enfant ; c'est *la succession*. Il en résulte que le chiffre en est fixé une fois pour toutes et ne peut pas être relevé si la situation de fortune des héritiers s'améliore par la suite. En revanche, comme il s'agit d'*aliments*, il semble bien que la rente cesse d'être due si l'enfant se trouve plus tard à l'abri du besoin.

1849. Cas où la pension n'est pas due. — La succession est quitte envers l'enfant lorsque l'un de ses parents a pris soin de lui faire apprendre *un art mécanique* (art. 764). Il a désormais un *gagne-pain* ; il n'a pas besoin d' « aliments ». Cependant une pension lui serait due s'il se trouvait sans sa faute hors d'état de gagner sa vie au jour de l'ouverture de la succession ; mais celle-ci paraît bien n'être pas responsable si l'enfant, qui vivait de son métier au jour du décès de son père, devenait ensuite incapable de l'exercer : elle n'est pas garante de l'avenir, et le droit à la pension se fixe en la personne de l'enfant à l'ouverture de la succession, comme l'aurait fait le droit héréditaire, si on lui en avait donné un.

§ 3. — *Succession de l'enfant naturel.*

***1850. Tableau d'ensemble.** — Nous avons supposé jusqu'à présent que c'était l'enfant naturel qui succédait; il s'agissait de *ses droits successifs*. Renversons l'hypothèse : quand un enfant naturel meurt, qui peut-il avoir comme héritiers ? Si c'est un enfant naturel simple, les successeurs possibles sont : 1° ses enfants légitimes et leurs descendants ; 2° ses enfants naturels, s'il en a, et leurs enfants légitimes ; 3° ses père et mère, en supposant qu'ils l'aient reconnu ; 4° ses frères et sœurs naturels ; 5° son conjoint, s'il est marié et qu'il vienne à mourir le premier ; 6° à défaut de tout parent et de conjoint, l'État. Voyez aussi n° 1894-3°, ci-dessous.

Si l'enfant est adultérin ou incestueux, la liste est plus courte : il ne peut être question ni de ses père et mère, ni de ses frères et sœurs. Ceci ne tient pas, comme on le dit, à ce que la loi prohibe la reconnaisance d'une pareille filiation, car la preuve en peut dans certains cas se trouver légalement établie; mais bien à ce que la loi n'a accordé à ces parents aucun droit successif. Dans les art. 756 à 766, l'expression « enfant naturel » désigne uniquement l'enfant naturel simple.

Dans ces sortes de successions, les enfants légitimes ou naturels, le conjoint survivant et l'État exercent leurs droits d'après le droit commun, parce que le lien qui les rattache au défunt est le même que si celui-ci avait été enfant légitime. Nous n'avons donc rien à en dire. — Au contraire les père et mère naturels et les frères et sœurs naturels viennent à la succession en vertu de règles particulières, qui ont besoin d'être expliquées ici.

A. — Droits successifs des père et mère naturels.

***1851. Leur rang héréditaire.** — Les père et mère naturels ne sont

appelés à la succession de leur enfant qu'autant que celui-ci est mort sans laisser aucune postérité, ni légitime, ni naturelle. Elle est du reste subordonnée à l'existence d'une reconnaissance en la forme légale, volontaire ou judiciaire ; et on a vu (t. I, n° 1481) que la connaissance de l'enfant intervient parfois après sa mort, précisément pour permettre à son père ou à sa mère de lui succéder.

*1852. **Leurs parts.**— Si les deux parents ont reconnu l'enfant, ils lui succèdent par moitié ; si l'un deux seulement l'a reconnu, il prend toute la succession (art. 765).

*1853. **Leur qualité.** — Avant 1896, les père et mère naturels étaient classés parmi les *successeurs irréguliers* : le chapitre IV, consacré aux « successions irrégulières », commençait à l'art 756. En 1896, quand on a donné aux enfants naturels la qualité d'héritiers légitimes, en faisant passer les textes qui les concernent du chapitre IV dans le chapitre III, on a par réciprocité fait de même pour les père et mère naturels : les art. 756 à 764 ont entraîné à leur suite l'art. 765. Depuis ce temps les père et mère naturels sont donc devenus, eux aussi, des *héritiers légitimes*, et comme tels ils ont la saisine.

*1854. **Leur défaut de droit sur la succession de leurs petits-enfants.**— Dans le texte nouveau comme dans l'ancien, les père et mère naturels ne sont appelés à recueillir que la succession de leur « enfant décédé sans postérité ». Par suite, ils n'ont aucun droit sur les *successions laissées par les enfants ou descendants légitimes de leur enfant naturel,* bien que ceux-ci leur succèdent. C'est une *lacune évidente* de la loi, car les droits de succession sont ordinairement réciproques, et il est fâcheux que les Chambres de 1896 ne l'aient pas comblée ; mais l'interprète ne peut pas créer de droits de succession fondés sur un simple argument d'analogie ou par raison d'équité : il faudrait un texte. Voyez cependant ci-dessus, n° 1810.

B. — Droits des frères et sœurs naturels.

1855. Motifs de leur vocation. — Lorsque l'enfant naturel n'a laissé ni postérité, ni père ni mère, avant d'appeler son conjoint ou l'État, la loi appelle encore ses frères et sœurs naturels, c'est-à-dire les autres enfants naturels du même père ou de la même mère (art. 766 *in fine*). Dérogation remarquable aux règles ordinaires, car pour les enfants naturels il n'existe pas de lien de parenté avec les parents de leur père ou de leur mère. On s'en écarte en faveur des frères et sœurs naturels à qui on permet de se succéder réciproquement, par égard pour leur position malheureuse, commune à tous : ils n'ont point de parents en dehors de leurs père et mère ; ils n'ont donc point d'espoir de recueillir des successions ab intestat, et ils

sont ordinairement sans fortune personnelle. C'est bien le moins, quand l'un d'eux a réussi dans la vie et laisse un actif plus ou moins important, qu'on permette aux autres de lui succéder.

1856. Leurs parts. — Entre frères et sœurs naturels, la succession se partage *par têtes*. Cependant il peut y avoir des inégalités. D'abord il est possible que quelques-uns n'aient pas été reconnus, ou ne l'aient été que par un seul des deux parents ; faute de preuve de leur filiation ils seront écartés.

Faut-il procéder entre eux au partage entre les deux lignes quand il y a parmi eux des frères et sœurs germains, et d'autres simplement utérins ou consanguins ? La question est controversée parmi les auteurs et la jurisprudence fait défaut. La nécessité de la fente s'impose cependant ici comme dans les successions légitimes afin de tenir compte des degrés possibles dans l'affection du défunt (Aubry et Rau, t. VI, § 607, texte et note 8).

1857. Droits des descendants des frères et sœurs naturels. — Si les frères et sœurs naturels de l'enfant naturel sont prédécédés, leurs descendants *légitimes*[1] sont appelés à les remplacer (art. 766). Ils peuvent succéder à leur oncle naturel, soit de leur chef, soit par représentation. Par exemple, si un seul d'entre eux est mort, laissant des enfants, ceux-ci concourront avec leurs oncles ou tantes naturels[2].

1858. Droits des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. — On pourrait s'attendre à voir les frères et sœurs légitimes[3] de l'enfant naturel concourir dans sa succession avec ses frères et sœurs naturels. Cependant il n'en est rien. Voici donc un cas où, par considération d'équité, des parents naturels sont mieux traités que des parents légitimes[4].

Toutefois ceux-ci ont un droit spécial : si la loi ne les appelle pas à recueillir la succession d'une manière générale, elle les autorise à reprendre les biens qui avaient été donnés à l'enfant naturel décédé par leur auteur

[1] La loi ne précise pas, mais l'art. 757 impose cette solution. Comp. ci-dessus, n° 1841. En ce sens, Paris, 26 mars 1891, D. 91. 2. 172, S. 91. 2. 204.

[2] Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de cette expression : elle ne signifie pas que ces enfants sont des *frères légitimes* pour l'enfant naturel : entre eux et lui il ne peut y avoir qu'un lien de parenté naturelle ; elle signifie simplement qu'ils sont *enfants légitimes* de la personne dont l'autre est *enfant naturel*. Mais il n'y a pas de moyen de les désigner autrement, et l'expression est reçue avec ce sens particulier.

[3] Il ne faut pas confondre avec cette hypothèse, où il s'agit de la succession d'un enfant naturel, le cas que voici : deux frères naturels, tous deux décédés, ont laissé l'un et l'autre *un enfant légitime* ; l'un de ces enfants meurt : son *cousin* peut-il lui succéder ? Je ne le crois pas, car il n'existe entre eux aucun lien légal de parenté. Voyez cependant, en sens contraire, trib. de Narbonne, 31 mars 1909, D. 1910. 2. 333, et la note.

[4] Cette priorité donnée aux enfants naturels sur les enfants légitimes est le résultat d'une observation faite au Conseil d'État. On fit remarquer que les enfants naturels ne peuvent jamais succéder aux enfants légitimes qui sont leurs frères ou sœurs : il serait donc contraire au principe de réciprocité que les enfants légitimes vinssent à la succession de leurs frères et sœurs naturels. En conséquence, on modifia le texte du projet qui les appelait tous concurremment.

commun, lorsque ces biens se retrouvent encore en nature (art. 766). C'est un cas de *succession anomale,* qui sera étudié à sa place dans le chapitre IV ci-dessous (nos 1889 et suiv.).

CHAPITRE III

DROITS DU CONJOINT SURVIVANT

1859. Bibliographie. — Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant.* Paris, 1873. — De nombreux commentaires on été publiés sur la loi de 1891 qui a augmenté les droits successoraux du conjoint. Citons ceux de MM. Bressolles, Defrénois, Delpech, Floquet, Floucaud-Penardille, Gerbault et Dubourg, Rouard de Card, Thomas, Zégliki. Ce dernier a paru dans la *Revue critique* en 1891.

1860. Division. — Les droits du conjoint sont réglés différemment *selon qu'il se trouve ou non en concours avec des parents.*

§ 1.— *Droits du conjoint en l'absence des parents.*

****1861. Disposition du Code.** — Aux termes de l'art. 767, le conjoint est appelé à recueillir la succession « lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels ». Le conjoint, étant alors seul héritier, prend la succession tout entière et il la prend en pleine propriété.

1862. Origine historique. — Cette disposition se rattache directement à l'Édit du Préteur, qui avait établi la succession *Unde vir et uxor* (*Digeste*, liv. XXXVIII, tit. 11). Elle en est la résurrection, faite après un long intervalle, par la jurisprudence française. Peut-être les pays de droit écrit l'ont-ils conservée de tout temps, mais en pays de coutume, le conjoint survivant en était réduit aux divers *gains de survie*, que lui assurait son régime matrimonial ou l'usage du lieu, ainsi qu'à sa part dans la communauté, quand il en existait une.

Au XVIe siècle il se fit un mouvement très vif en faveur du droit héréditaire du conjoint par application des lois romaines. Ce droit nouveau fut établi pour la première fois dans la coutume de Berry, en 1539 (tit. XIX, art. 8) et en 1559, dans celle du Poitou (art. 299). Il fut ensuite étendu aux coutumes muettes par deux arrêts du Parlement de Paris, du 22 août 1582 et du 7 septembre 1600, rapportés par Louet (lettre F, no 22) [1]. A partir de ce moment la jurisprudence française ne bougea plus (Pothier, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, no 35) et le Code civil s'est borné à reproduire la solution traditionnelle.

[1] Les coutumes qui excluaient formellement la succession *Unde vir et uxor* étaient fort rares. On cite celles de Normandie (art. 245), du Maine (art. 286) et d'Anjou (art. 268).

***1863. Conditions de la vocation héréditaire du conjoint.** — Le droit successoral n'est pas fondé ici sur une qualité indélébile comme la parenté, mais bien sur une qualité qui peut se perdre : celle de conjoint. Aussi la loi n'accorde-t-elle le droit de succéder à ce titre qu'aux *époux non divorcés* (art. 767) ; la succession n'est dévolue au survivant, qu'autant que celui-ci avait encore le titre de conjoint du défunt au jour du décès. Quand le mariage est déjà dissous, la qualité qui servait de cause au droit héréditaire a disparu.

De plus, même pendant le mariage, le droit de succéder au prémourant est perdu pour l'époux *contre lequel il existe un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée* (art. 767). C'est une des déchéances qui résultent de la séparation de corps ; mais le droit de succéder survit au profit de l'époux non coupable ; il a donc cessé d'être réciproque. Cette déchéance n'était pas prononcée par le texte primitif du Code ; le membre de phrase qui la contient a été ajouté en 1891 [1]. Sur le système primitif du Code, voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 336.

****1864. Qualité héréditaire du conjoint.** — Le conjoint n'est pas héritier ; il n'est qu'un *successeur irrégulier*. C'est ce qui résulte de la place qu'on a donnée dans le Code à l'art. 767, sous la rubrique : « Des successions irrégulières ». Il n'a donc pas la saisine et doit demander l'envoi en possession (art. 724).

Ceci est d'autant plus remarquable qu'il en était autrement dans l'ancien droit et que l'on voyait alors dans le conjoint un « vrai héritier », ayant la saisine comme les autres (Pothier, *loc. cit.*).

1865. Garantie exceptionnelle donnée aux héritiers. — Quand un conjoint se présente pour recueillir la succession du prédécédé, en l'absence d'héritiers, la loi lui impose une formalité particulière, qui est destinée à garantir le droit des héritiers inconnus qui pourraient se présenter un jour et qui n'est imposée à aucun autre successeur : le conjoint doit *faire emploi du mobilier* ou à défaut d'emploi *donner caution* de le restituer (art. 771). Voyez ci-dessous, n° 1948. La sanction de cette obligation paraît illusoire : elle consiste simplement dans le paiement de dommages-intérêts aux héritiers (art. 772). Comment l'époux paiera-t-il cette indemnité s'il est hors d'état de restituer les capitaux qu'il a gaspillés ?

§ 2. — *Concours du conjoint avec les parents.*

A. — Histoire de la législation.

1866. Système du Code. — Conforme à nos traditions historiques, le Code n'avait donné au conjoint qu'un rang très éloigné : il venait le dernier de tous les membres de la famille, après les enfants naturels ; après lui, il n'y avait plus que l'État, recueillant les biens par droit de déshérence.

[1] Une disposition semblable avait déjà été insérée dans la loi du 14 juillet 1866, sur les droits d'auteur, signalée ci-dessous au n° 1869.

Cette situation n'avait pas paru choquante sous l'ancien régime pour une double raison : 1° le système successoral était fondé principalement sur les liens du sang, sur la parenté, et le conjoint n'est pas un parent ; 2° de nombreux avantages tempéraient pour le conjoint survivant l'absence de droit héréditaire : outre sa part dans la communauté, les coutumes lui accordaient divers *gains de survie*, dont le principal était le *douaire* [1], qui toutefois ne profitait qu'à la femme ; enfin, dans les pays de droit écrit, on avait conservé la *quarte du conjoint pauvre* instituée par Justinien au profit de l'époux survivant qui n'avait pas de biens personnels (nov. 53, chap. VI) : le cas échéant, cette quarte permettait au conjoint de concourir même avec les héritiers les plus proches, sauf à se réduire à un simple droit d'usufruit quand il y avait des enfants [2].

1867. Critiques. — Au XIXe siècle, la condition du conjoint survivant a fait l'objet de réclamations de plus en plus vives. Le rang qui lui était assigné paraissait en désaccord avec le principe du droit héréditaire moderne qui fait reposer la succession ab intestat sur l'affection présumée du défunt : il est évident que le conjoint passe, à ce point de vue, avant les collatéraux. Ceci était d'autant plus grave que la plupart des gains le survie qui existaient dans l'ancien droit avaient disparu ; nous n'avons plus le douaire ni la quarte du conjoint pauvre, ni rien de semblable. En cas de décès imprévu du conjoint riche, le survivant qui n'avait pas de fortune personnelle, passait tout à coup de l'opulence à la misère, et cette situation était d'autant plus dure qu'il n'avait même pas droit à des aliments.

1868. Incident de la rédaction du Code. — Cette lacune de la loi n'avait pas passé inaperçue : au Conseil d'État, Malleville demanda qu'on accordât une pension à l'époux survivant et pauvre, Treilhard fit écarter cette demande en disant que l'un des articles du projet (l'art. 55) lui donnait l'usufruit du tiers des biens laissés par son conjoint (Fenet, t. XII, p. 38). C'était une erreur matérielle : cet usufruit est accordé aux ascendants, et non au conjoint. Aucun des membres présents ne s'aperçut de la confusion, et la demande de Malleville fut rejetée sans examen.

1869. Réformes successives. — Depuis lors on a souvent demandé que l'erreur de Treilhard fût réparée d'une façon ou d'une autre. La réforme commença par se faire pour des cas particuliers par des lois spéciales :

1° Loi du 14 juillet 1866. — Cette loi concerne les *droits d'auteurs* d'œuvres littéraires ou artistiques. Son article 1er accorde au conjoint survivant la jouissance des œuvres du prédécédé [3]. C'est un *simple droit d'usufruit*, mais *le conjoint prime tous les héritiers*. Cet usufruit lui est refusé, lorsqu'il existe une séparation de corps prononcée contre lui ; en outre, il le perd quand il se remarie.

2° Loi du 25 mars 1873. — Cette loi, relative *aux déportés à la Nouvelle-Calédonie*, permettait à la veuve survivante de succéder à son mari, en concours avec les héritiers, même avec les enfants, tant pour la concession faite au condamné que pour les autres biens qu'il avait pu acquérir dans la colonie ; elle lui donnait *un tiers en usu-*

[1] Le douaire était un droit que la coutume accordait à la femme survivante *sur les biens propres* de son mari décédé. En général ce droit était *un simple usufruit* ; la *douairière* était une usufruitière. La coutume de Paris (art. 248) fixait l'étendue du douaire à la moitié des propres ; mais la variété des coutumes était très grande en cette matière et les particuliers y dérogeaient souvent pour établir un *douaire conventionnel*.

[2] Sur les droits de la *veuve pauvre* en Roumanie, voyez l'art. 648 C. civ. roumain. Le mari, même dans l'indigence, ne succède jamais qu'à défaut d'héritiers. Voyez à ce sujet Alexandresco, p. 161-167, qui fait remarquer que les Codes antérieurs étaient plus complets et plus équitables envers le conjoint. — En *Belgique*, une loi du 20 novembre 1896 a établi un système analogue au nôtre, en accordant à la veuve un usufruit de quotité variable, convertible en rente viagère ; toutefois, quand les héritiers sont au delà du 6e degré, le conjoint a l'usufruit de la totalité (*Annuaire étranger*, t. XXVI, p. 498).

[3] L'usufruit du conjoint porte sur la totalité des œuvres du défunt. Sur la singularité qui en résulte par combinaison avec les règles de la communauté légale, voyez ci-dessus, n° 917-5°.

fruit, quand il y a des descendants légitimes ; la *moitié en propriété*, quand il n'y en a pas (art. 13 et 14).

3° Décret du 31 août 1878. — Un système semblable avait été appliqué par ce décret aux condamnés à la transportation. Mais ses dispositions ont été modifiées par le décret du 18 janvier 1895, qui donne à la veuve la moitié de la concession en usufruit quand il y a des enfants et le total en propriété quand il n'y en a pas. Le droit de la veuve est subordonné à la condition qu'elle habite avec son mari au moment du décès.

Enfin une *loi générale* a été votée :

4° Loi du 9 mars 1891. — Cette loi, qui a modifié les art. 205 et 767 C. civ., a pour origine un projet déposée par M. Delsol en 1872. Elle a été précédée d'une enquête dans laquelle on consulta la Cour de cassation, les Cours d'appel et les Facultés de droit, et l'on remarqua que presque seules en France, la Cour de cassation et la Cour de Paris se montrèrent hostiles au projet de réforme. Voyez le *Rapport* de M. Sébert, au *Journal officiel* du 13 mars 1876.

Cette loi, qui forme le droit commun, a laissé subsister les lois précédentes.

B. — Législation actuelle.

1° Droit d'usufruit accordé au conjoint.

****1870. Nature du droit du conjoint.** — Quand il concourt avec des parents légitimes ou naturels, quels qu'ils soient, le conjoint n'a jamais droit qu'à un *usufruit* (art. 767).

C'était déjà le principe admis dans l'ancien droit pour le douaire accordé aux veuves. Le droit d'usufruit est en effet celui qui concilie le mieux les divers intérêts des personnes en présence : le conjoint, qui a besoin de conserver en partie au moins les revenus dont il avait la jouissance en commun avec le défunt ; les membres de la famille, qu'il serait inique de dépouiller au profit d'une autre famille. Avec ce système ces derniers sont sûrs de voir les biens de leur parent leur revenir un jour, et on respecte suffisamment l'affection naturelle du défunt pour son conjoint.

L'usufruit du conjoint est un *usufruit à titre universel*, qui l'oblige à contribuer aux dettes conformément à l'art. 612.

Il est en outre soumis aux règles ordinaires de l'usufruit, et notamment à l'obligation de fournir caution, faute d'un texte qui l'en dispense.

1871. Cas où l'usufruit est accordé. — C'est à titre héréditaire que cet usufruit est créé ; il remplace pour le conjoint la portion de succession qu'on aurait pu lui attribuer. Il est donc tout naturellement soumis, pour son ouverture, aux mêmes conditions que le droit plus complet qui lui est accordé en l'absence d'héritiers ; il faut que les conjoints ne soient pas *divorcés* et qu'il n'existe pas contre le survivant un *jugement de séparation de corps* passé en force de chose jugée.

****1872. Étendue de l'usufruit.** — La part du conjoint varie *selon la qualité des héritiers* qui concourent avec lui, mais le système adopté ici par la loi est très simple ; il consiste uniquement à distinguer *s'il y a ou non des enfants.*

Le droit du conjoint porte sur *la moitié des biens*, quand il n'y a pas d'enfants, quels que soient alors le nombre et la qualité des héritiers.

Son droit se réduit de moitié et ne porte que *sur le quart des biens*, quand il y a des enfants ; et encore, lorsqu'il existe des enfants issus d'un précédent mariage, la législation défavorable aux secondes noces limite le droit du conjoint par l'établissement d'un second maximum : il ne peut prendre plus d'*une part d'enfant légitime le moins prenant,* si cette part est inférieure au quart (art. 767). Comp. art. 1098.

En somme, on voit que, dans chacune des deux situations prévues par la loi, le droit du conjoint est, en principe, *invariable* : il est du quart ou de la moitié ; il n'y a qu'une seule hypothèse où sa quotité dépend du nombre des héritiers en concours avec lui, c'est lorsqu'il reste un ou plusieurs enfants nés d'une union précédente.

1873. Calcul de la masse des biens. — Le droit d'usufruit accordé au conjoint est calculé d'après la masse des biens formant la *succession* du défunt. Cette masse comprend *deux sortes de biens* :

1° *Ceux dont le défunt était encore propriétaire au moment de sa mort.* Ce sont ceux que la loi appelle les biens « existants ».

2° *Ceux qui sont réunis à cette masse par l'effet du rapport.* Ce sont ceux qui ont été donnés entre vifs à l'un des successibles sans dispense de rapport, ou ceux qui lui ont été légués avec obligation de les rapporter en moins prenant [1],

Doit-on considérer comme existant dans la succession les biens qui font l'objet d'un *retour légal,* par exemple ceux que le défunt avait reçus par donation d'un ascendant qui lui survit ? La jurisprudence est divisée sur la question. Voyez, dans le sens de l'affirmative, Nancy, 20 juill. 1895, D. 97. 2. 162, S. 95. 2. 293 ; et dans le sens de la négative, Poitiers, 15 mai 1899, D. 1901. 2. 205, S. 99. 2. 160, P. 1901. 2. 337 et la note de M. Charmont : Cass., 22 juill. 1903, D. 1904. 1. 33 et la note, S. 1905. 1, 177. Comp. Magnol, *Du droit du conjoint survivant par rapport aux biens soumis à un droit de retour,* Toulouse, 1902.

D'autre part, le conjoint lui-même, lorsqu'il a été gratifié d'un don ou d'un legs par le défunt, doit être considéré comme successible au sens de cette loi ; son usufruit est en effet un droit de succession.

1874. Biens soumis à l'usufruit. — Il n'est pas permis au conjoint d'exercer son droit d'usufruit indistinctement sur tous les biens qui rentrent dans la masse ainsi formée. La loi en soustrait diverses catégories, qu'elle dispense de cette charge. Il en résulte qu'il y a lieu de distinguer *deux masses différentes* : 1° celle qui sert à *calculer* le chiffre de l'usufruit auquel a droit le conjoint ; 2° celle qui se trouvera *effectivement soumise* au droit ainsi déterminé. Les biens compris dans la première masse, mais non dans la seconde, et qui ne peuvent être grevés de l'usufruit du conjoint, sont les suivants :

1° Réserve des descendants ou ascendants. — S'il y a des héritiers réservataires, le conjoint ne peut pas exercer son usufruit sur les biens qui représentent leur réserve (art. 767).

[1] Le texte de l'art. 757, voté en 1891, porte qu'on doit réunir à la masse les biens dont le défunt a disposé « par acte entre vifs ou par acte testamentaire au profit de successibles sans dispense de rapport ». A cette époque, les legs étaient assimilés aux donations au point de vue du rapport. Mais une loi du 24 mars 1898, modifiant l'art. 843, a décidé que les legs faits à un successible seraient considérés de plein droit comme préciputaires, sauf manifestation d'une volonté contraire de la part du testateur.

2° Biens sujets au rapport. — Le conjoint ne peut pas davantage exercer son droit sur les biens rapportés par les autres successibles. Aussi l'art. 767 dit-il que ces biens doivent être réunis « fictivement » à la masse. On tient compte pour le calcul de l'usufruit, mais c'est tout.

3° Biens légués a des étrangers. — Il en est de même des biens qui existent en fait dans la succession du défunt, mais qui sont légués à d'autres que des successibles : le conjoint est obligé de respecter le droit des légataires, n'ayant lui-même aucune *réserve* à réclamer.

4° Biens compris dans les successions anomales. — Enfin la loi soustrait encore à l'action du conjoint les biens soumis à un droit de retour » (art. 767), c'est-à-dire ceux qui font l'objet d'une *succession anomale* (ci-dessous, n°s 1889 et suiv.). Cette disposition prouve que ces biens doivent être compris dans la masse pour le calcul de l'usufruit, sans quoi il eût été inutile de les en déclarer exempts.

1875. Conséquence. — Par l'effet de toutes ces dispenses et réserves, il arrive fréquemment qu'il ne reste plus dans la succession assez de biens pour suffire à l'usufruit du conjoint calculé sur une masse beaucoup plus considérable : le conjoint a alors un *droit théorique*, qui ne reçoit en fait qu'une application partielle. Il peut même se faire qu'il ne reste *absolument aucun bien soumis à son usufruit*. Le conjoint est alors réduit à demander des aliments comme le lui permet l'art. 205.

1876. Concours de deux usufruits successoraux. — L'usufruit du conjoint n'est pas le seul qu'on rencontre dans la matière des successions : il y en a un autre qui est établi au profit du père ou de la mère en concours avec des collatéraux de l'autre ligne (art. 754.). Cet usufruit est du tiers des biens auxquels l'ascendant ne succède pas en propriété (ci-dessus, n° 1817). Il se cumule avec l'usufruit du conjoint, et comme celui-ci a la jouissance de la moitié de la succession, à répartir également entre les deux lignes, il ne reste plus aux collatéraux qu'*un sixième de leur part* dont ils aient la *jouissance immédiate* : le conjoint leur en prend la moitié et l'ascendant le tiers, ce qui fait cinq sixièmes dont la jouissance leur échappe.

2° Effet des libéralités reçues par le conjoint.

1877. Imputation sur la part du conjoint. — Les auteurs de la loi de 1891 ont voulu que le conjoint imputât sur ses droits ce qu'il a pu recevoir à titre gratuit du défunt ; la loi n'avait pas à pourvoir à son existence lorsque son conjoint y avait lui-même songé.

Par conséquent, le survivant *ne peut rien réclamer* lorsqu'il a reçu, même par préciput et hors part, des libéralités dont le montant atteint ou dépasse celui des droits que la loi lui attribue. Si leur montant est inférieur, on lui permet seulement de réclamer le *supplément de son usufruit*.

Si les libéralités que le survivant a reçues lui ont été faites sous la condition de ne pas se remarier, il les perd en se remariant, mais il recouvre alors le droit de réclamer à leur place l'usufruit que la loi de 1891 lui donne, à moins qu'il ne se trouve dans le cas exceptionnel prévu ci dessous, n° 1887, dans lequel son droit d'usufruit légal se trouve lui-même éteint par l'effet de son second mariage, à raison de l'existence d'enfants nés de sa première union (Cass., 3 août 1911, D. 1912. 1. 180).

1878. Imputation des libéralités en pleine propriété. — L'imputation voulue par la loi se fera sans difficulté, si le défunt a fait au survivant des libéralités en usufruit. Mais comment devra-t-on procéder pour l'imputation des dons et legs faits en pleine propriété ? Faut-il tenir compte seulement du revenu qui en résulte, ou bien évaluer la libéralité en usufruit, en calculant le chiffre de la rente viagère que l'époux survivant pourrait se procurer, d'après son âge actuel, en abandonnant le capital qu'il a reçu ? C'est ce dernier procédé qui l'emporte dans l'opinion doctrinale, et vers lequel paraît pencher la jurisprudence (Trib. de la Seine, 11 juill. 1893, D. 94. 2. 105 ; Trib. d'Arras, 18 déc. 1901, D. 1904. 2. 38. Voyez cependant Trib. Bressuire, 8 mai 1901, D. 1904. 2. 38). Il n'a pour lui aucune considération décisive, et il crée des difficultés d'évaluation que l'autre système supprime par sa simplicité.

1879. Avantages dispensés d'imputation. — C'est seulement pour les *libéralités* proprement dites que l'imputation est exigée (art. 767). Il en résulte qu'il y a deux sortes d'*avantages* que l'époux survivant pourra cumuler avec son usufruit. Ces avantages sont les suivants :

1° Avantages matrimoniaux. — Si les conventions matrimoniales lui procurent des avantages, ceux-ci ne sont pas, en principe tout au moins, considérés comme des libéralités (art. 1516 et 1525) (Bordeaux, 10 avril 1906, D. 1906. 2. 305). Il peut donc cumuler avec son usufruit légal un droit d'usufruit accordé à titre de préciput (Trib. de Niort, 30 déc. 1910, P. et S. 1911. 2. 259 ; Cass., 3 févr. 1908, P et S. 1913. 1. 516). Voyez cependant l'art. 1527, aux termes duquel les avantages matrimoniaux sont traités comme des libéralités quand il profitent à un second conjoint (ci-dessus, n°s 1402 et suiv.).

2° Avantages légaux. — Lorsqu'il y a des *droits d'auteur* dans la succession du prédécédé, le survivant possède sur eux un droit complet d'usufruit (ci-dessus, n° 1869-1°), qui ne se confond pas avec celui que la loi de 1891 lui a accordé. Il en est de même des *pensions de retraite* allouées aux veuves de militaires ou de fonctionnaires. Il y a là un cumul qui peut conférer à l'époux survivant une situation privilégiée et qu'il eût été peut-être préférable d'éviter.

3° Conversion de l'usufruit en rente viagère.

* **1880. Sa raison d'être.** — Lorsqu'il était question d'accorder au conjoint un usufruit considérable, tantôt du quart et tantôt de moitié, sur la succession du prédécédé, les adversaires du projet signalaient les dangers d'un pareil système : un nombre immense d'usufruits allait être créé. Or l'usufruit produit souvent des effets fâcheux, parce que l'usufruitier, qui jouit du bien d'autrui, se soucie peu de l'avenir et exploite volontiers d'une manière abusive. Cette crainte n'avait du reste de fondement que pour la propriété foncière, et on aurait pu remarquer que dans la pratique, tout au moins dans les familles aisées, le conjoint survivant avait presque toujours un usufruit provenant d'une donation mutuelle. Néanmoins les auteurs de la loi ont voulu éviter toute critique sur ce point, et ils ont accordé aux familles un moyen de *supprimer l'usufruit du conjoint*, quand elles le jugeraient utile, *en le convertissant en une rente viagère.*

1881. Quand existe le droit de conversion. — C'est seulement pour l'usufruit institué par elle que la loi de 1891 a organisé la conversion ; celle-ci est sans application à l'usufruit que le conjoint tient d'une disposition expresse du défunt, entre vifs ou par testament, disposition qui doit être exécutée selon sa teneur.

1882. Par qui la conversion peut être demandée. — Cette conversion n'est possible que sur la demande des héritiers ; le conjoint survivant n'a pas le droit de la réclamer (Lyon, 16 juill. 1896, S. 97. 2. 36). Quand tous les héritiers sont d'accord, la conversion est de droit. S'ils ne s'entendent pas, le tribunal est appelé à statuer ; la conversion est « facultative » pour lui, dit l'art. 767, ce qui signifie qu'il peut l'accorder ou la refuser, mais il ne lui est pas permis de scinder sa décision.

On se pose à ce sujet diverses questions de *capacité* et de *pouvoir* qu'il serait trop long d'examiner ici. Voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Conversion, n° 319.

1883. A quel moment elle a lieu. — Le droit de convertir l'usufruit en rente dure, d'après l'art. 767, « jusqu'au partage définitif ». On avait songé à donner aux héritiers un délai fixe, d'une année à compter du décès, pour opérer la conversion, afin de ne pas laisser trop longtemps l'époux survivant dans l'incertitude sur la nature de son droit. On y a renoncé sur cette observation décisive que cet époux a un moyen bien simple de

sortir d'incertitude, c'est de *former lui-même une demande en partage*, puisqu'il est dans l'indivision pour la jouissance avec les héritiers du sang. Cette demande est possible de sa part, même au cas où il n'y a qu'un seul héritier de sorte que jamais l'époux ne sera sans moyen de faire fixer sa situation.

1884. Conditions de la conversion. — La loi n'autorise la conversion que sous deux conditions : il faut 1° que la rente soit *équivalente à l'usufruit* ; 2° que sa constitution soit accompagnée de *sûretés suffisantes* (art. 767).

Équivalence de la rente. — Cette équivalence s'apprécie, non pas d'après l'importance en capital des biens soumis à l'usufruit, mais *d'après le chiffre de leur revenu net*. On ne pourrait prendre un autre terme de comparaison pour les droits viagers qui ne comportent qu'une simple jouissance ; du reste ce que la loi a voulu assurer au conjoint, c'est un revenu annuel (Trib. de la Seine, 11 juill. 1893, D. 94. 2. 105).

Cette équivalence s'apprécie au moment de la conversion et la rente, une fois fixée, reste invariable pendant toute sa durée.

Suretés. — La nature de ces sûretés n'est pas précisée par la loi. Toutes pourront donc être offertes au conjoint, hypothèques, nantissement, cautions, sous la seule condition qu'elles soient « suffisantes » [1]. Un autre procédé aussi pourra être employé, qui donne pleine sécurité à l'époux sans exiger la constitution d'aucune sûreté spéciale : c'est le placement d'un capital en rentes nominatives sur l'État, inscrites au nom du conjoint survivant pour la jouissance, au nom des héritiers pour le capital. Mais aucun de ces procédés n'est obligatoire ; les parties doivent s'entendre et, si elles n'y arrivent pas, le tribunal statue.

1885. Effet rétroactif de la conversion. — Quand la rente viagère est substituée à l'usufruit, cette substitution s'opère *rétroactivement*, c'est-à-dire que l'époux est censé avoir été réduit à une rente dès le jour du décès et n'avoir jamais recueilli un droit réel d'usufruit sur la succession. Ce point est encore un de ceux que la loi n'a pas réglés ; il a été résolu en ce sens par la doctrine et par la jurisprudence, contrairement aux prétentions de l'Enregistrement. Outre les avantages pratiques qu'elle procure, cette solution se fonde sur la nature ordinaire des options en matière de successions et de communauté, qui sont toutes rétroactives, et sur le principe de l'effet déclaratif du partage qui fait que chaque copartageant est censé avoir recueilli directement ce qui est mis dans son lot.

Les conséquences de la rétroactivité se rencontrent en *droit civil* et en *droit fiscal*.

1° Disparition des hypothèques. — Si l'usufruit accordé par la loi au conjoint se trouvait éteint sans rétroactivité, les héritiers le recueilleraient de son chef : ils seraient censés l'acquérir de lui en échange de la rente viagère. Par conséquent il leur arriverait grevé de toutes les hypothèques et charges réelles nées de son chef. On évite ce résultat par la résolution rétroactive de l'usufruit.

2° Dispense du droit de mutation. — L'administration de l'enregistrement prétendait faire payer au conjoint un droit de mutation sur son usufruit en nature et percevoir ensuite un second droit sur la constitution de la rente (Instruction du 6 juin 1891, Dalloz, *Suppl.*, V° Succession, n° 324). Sa prétention a été repoussée par le tribunal civil de Mayenne (5 déc. 1894, *Revue du notariat*, 1095, p. 123) et elle-même a fini par donner pour instruction à ses agents de percevoir le droit seulement sur le capital au denier 10 de la rente viagère, toutes les fois que la conversion serait antérieure à la déclaration de succession (Instruction n° 2886, 2 juill. 1895, *Journal des Notaires*, 1895, p. 637). Comp. Trib. civ. Seine, 12 déc. 1902, S. 1905. 2. 221.

4° Extinction de l'usufruit.

1886. Causes ordinaires. — Toutes les causes qui mettent fin aux

[1] On ne peut pas considérer comme suffisante, au sens de la loi, la *simple caution juratoire* des héritiers : c'est une promesse, avec serment, c'est-à-dire une forme d'engagement, et non une sûreté.

usufruits ordinaires s'appliquent également à l'usufruit du conjoint : mort de l'usufruitier, abus de jouissance, etc.

1887. Cause spéciale. — En outre, la loi du 9 mars 1891 (art. 767 nouv.) enlève au conjoint son usufruit *lorsqu'il se remarie*, mais seulement *s'il existe encore des descendants du défunt*. On ne voit pas nettement le motif de cette disposition : est-ce parce que son nouveau mariage va procurer de nouvelles ressources à l'époux survivant ? Mais alors il devrait perdre son usufruit dans tous les cas, qu'il y ait ou non des enfants. Est-ce parce que l'on veut protéger les enfants du premier mariage ? Mais ils le sont suffisamment par la réduction de l'usufruit, que leur présence a ramené de moitié au quart, et par les règles ordinaires de l'usufruit. Il y a là une combinaison de ces deux motifs qui donne à la loi une nature hétéroclite.

1888. Effet de l'extinction. — Lorsqu'il se produit une cause d'extinction, elle met fin soit au droit d'usufruit, soit à la rente qui lui a été substituée. Ce résultat se produit sans sétroactivité : le second mariage du conjoint survivant n'a pas l'effet rétroactif d'une condition (Douai, 20 janv. 1910, D. 1911. 2. 233).

CHAPITRE IV

SUCCESSIONS ANOMALES

***1889. Définition.** — On appelle « succession anomale » la dévolution de certains biens qui sont *attribués à un héritier déterminé, de préférence aux autres, à raison de leur provenance.*

Cette sorte de successions déroge à la règle générale d'après laquelle la loi ne considère pas l'*origine* des biens pour en régler la dévolution (art. 732). C'est pour cette raison qu'on leur applique l'épithète « anomales » : elles sont hors du droit commun.

§ 1. — *Renseignement historiques.*

1890. Origine romaine. — L'origine première de nos successions anomales remonte au droit romain ; elle se trouve dans le système appliqué à la *dot profectice* : quand la fille dotée mourait pendant le mariage, son père vivant encore, celui-ci reprenait la dot. Ce droit de retour ou de réversion s'ouvrait sans stipulation particulière, « ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret » (Pomponius, *Dig.*, liv. XXIII, tit. III, fr. 6). Une constitution de Théodose et de Valentinien avait plus tard accordé le même

droit de retour pour *donatio propter nuptias* (biens donnés par le père à son fils au moment du mariage). Enfin Léon (Nov. 25) étendit ce droit à toutes les donations. Mais le père était toujours seul à en jouir ; la mère ne l'avait jamais.

1891. Pays de droit écrit. — Les Parlements du Midi conservèrent le droit de réversion qui appartenait au père, c'est-à-dire à l'ascendant investi de la puissance paternelle ; et en outre ils l'accordèrent à la mère et aux autres ascendants maternels.

Dans leur jurisprudence, conforme en cela au droit romain, ce droit avait pour effet de *résoudre rétroactivement* la donation : c'était une *condition résolutoire* qui se réalisait, par l'effet du prédécès de l'enfant gratifié. On l'appelait « retour légal ». Le droit de retour pouvait aussi être stipulé par un donateur quelconque, en dehors des cas où la loi l'accorde de plein droit ; mais, conventionnel ou légal, le droit de retour produisait toujours le même effet rétroactif.

1892. Pays de coutume. — Là aussi on connaissait le retour légal : les ascendants qui avaient fait des libéralités à leurs enfants ou descendants reprenaient aussi les biens donnés par eux, mais ce droit avait un tout autre caractère et de tout autres effets. Au lieu d'une condition résolutoire, c'était un *droit de succession* qui s'ouvrait : « Toutefois SUCCÈDENT es choses par eux données à leur enfans ou descendans... » (*Cout. de Paris*, art. 313).

De là résultaient les conséquences suivantes, qui créaient autant de différences entre les deux systèmes :

1° L'ascendant reprenait le bien *comme héritier*, c'est-à-dire en vertu d'un titre nouveau ; la propriété intérimaire du donataire subsistait, ainsi que les charges qui avaient pu être établies par lui sur le bien donné. — Dans le Midi, l'ascendant reprenait son bien *libre de toutes servitudes ou d'hypothèques* constituées par son descendant, qui était réputé n'avoir jamais été propriétaire.

2° Si le bien donné avait été *aliéné* par le donataire, le droit de retour n'avait pas lieu d'après les coutumes. Il s'ouvrait, au contraire, dans le Midi, la sous-aliénation étant résolue par suite de la résolution de la donation.

3° En pays de coutume, l'ascendant était obligé aux dettes, comme tout héritier ; il n'en était pas tenu dans le Midi.

***1893. Système du Code.** — Supprimé par la loi de nivôse, le droit de retour légal ou successoral a été rétabli par le Code, qui l'a même étendu à des cas nouveaux. Nous verrons que le droit actuel a conservé le système coutumier et abandonné les principes romains : c'est un *droit de succession*. Aussi faut-il écarter l'expression « retour légal », qui peut créer une confusion dangereuse avec le *retour conventionnel*, également conservé par les art. 951 et 952, qui a gardé la nature des conditions résolutoires. Il faut se servir de l'expression « retour *successoral* », qui en rappelle la nature, ou dire mieux encore « succession anomale ».

***1894. Énumération.** — Les successions anomales sont au nombre de trois, qui ont lieu :

1° Au profit de l'*adoptant* ou ses enfants (art. 351-352) ;

2° Au profit de l'*ascendant donateur* (art. 747) ;

3° Au profit des *frères de sœurs légitimes de l'enfant naturel* (art. 766).

Sur la plupart des points, les règles sont les mêmes pour les trois cas. En général, on prend pour type le cas de l'ascendant donateur, qui est le plus ancien des trois et le plus pratique. Les deux autres, qui n'en sont que des imitations, ont été créées par le Code.

§ 2. — *Personnes appelées aux successions anomales.*

A. — Cas de l'ascendant donateur.

1895. Ascendants légitimes. — Le droit de retour n'est accordé qu'aux ascendants : un collatéral, même le frère ou la sœur, qui fait une donation, n'y a jamais droit. Mais tout ascendant légitime en profite *quel que soit son rang,* quand c'est lui qui a donné [1]. Ainsi un grand-père, qui se trouve primé par le père pour la succession ordinaire, passe avant quand il s'agit de recueillir des biens donnés par lui : il succède « à l'exclusion de tous autres », dit l'art. 747.

1896. Controverse pour les père et mère naturels. — La question de savoir si le droit de retour leur appartient n'a d'intérêt que si tous les deux ont reconnu l'enfant : car s'il n'y en a qu'un de connu, celui-là succédera seul à toute la succession ; au contraire, si les deux parents sont également connus, celui qui a fait une donation a intérêt à reprendre seul les biens donnés au lieu de les partager avec l'autre. — Les motifs de l'art. 747 se rencontrent ici tout aussi forts que pour les parents légitimes. Le texte ne fait aucune distinction et dit « les ascendants », ce qui peut s'appliquer même à des parents naturels. Enfin, l'art. 766, qui accorde un droit de retour aux frères et sœurs de l'enfant naturel, fournit un argument « a fortiori » en faveur de ses père et mère. Cependant cette opinion est généralement rejetée parce que l'art. 747 est un texte exceptionnel qui ne peut pas s'étendre par analogie et qui est écrit seulement à propos des parents légitimes (Paris, 27 nov. 1845, D. 45. 2. 180, S. 46. 2. 196).

B. — Cas de l'adoption.

1897. Droit de l'adoptant. — L'adoptant est appelé comme successeur anomal à reprendre les biens donnés par lui à l'adopté, quand celui-ci prédécède sans laisser de postérité (art. 351). Il serait injuste que l'adoption eût pour résultat de dépouiller l'adoptant au profit d'étrangers ; car souvent l'adopté a reçu de lui des libéralités importantes, par exemple à l'occasion de son mariage. Ces biens et valeurs lui font retour, quand l'adopté meurt le premier et sans laisser d'enfants.

A la différence de l'ascendant ordinaire, qui n'a de droits que dans la succession du descendant gratifié par lui, l'adoptant reprend ce qu'il a donné, non seulement dans la succession de l'adopté, mais même dans celle des enfants de ce dernier, si ceux-ci meurent à leur tour sans postérité, après

[1] Le retour légal établi par notre art. 747 au profit de l'ascendant donateur n'existe pas en Roumanie ; l'ascendant peut seulement stipuler le retour conventionnel (ALEXANDRESCO, p. 161).

avoir succédé à leur père, l'adoptant vivant encore (art. 352). Ce cas de succession anomale peut donc s'ouvrir à *deux degrés différents,* soit après la mort de l'adopté, soit après la mort de ses enfants.

1898. Droit des enfants de l'adoptant. — Quand l'adoptant meurt avant l'adopté, ses enfants jouissent du même droit que lui. Seconde différence avec le droit de l'ascendant ordinaire (ascendant donateur), qui lui est personnel et ne passe pas après lui à ses enfants.

Toutefois, les enfants de l'adoptant ont un droit moindre que le sien. Ils peuvent bien succéder, comme successeurs anomaux, *à l'adopté lui-même,* pour reprendre les biens qu'il tient de l'adoptant (art. 351); mais ils ne peuvent pas, comme l'aurait fait l'adoptant lui-même s'il avait survécu, recueillir ces mêmes biens *dans la succession des enfants de l'adopté* (art. 352). Ce dernier droit constitue donc un bénéfice personnel à l'adoptant ; pour ses enfants, la succession anomale n'a qu'un degré au lieu de deux.

A un autre point de vue le droit des enfants de l'adoptant est plus large que le sien : ils peuvent recueillir non seulement les biens donnés entre vifs à l'adopté, mais aussi ceux qu'il a pris dans la succession de l'adoptant, soit comme légataire, soit comme héritier (art. 351).

Seuls les enfants légitimes ou légitimés de l'adoptant peuvent exercer ce droit. La Cour de cassation a jugé avec raison que les autres enfants adoptifs n'en jouissaient pas (Cass., 14 févr. 1855, D. 55. 1. 225, S. 55. 1. 185 ; Cass., 20 oct. 1903, D. 1903. 1. 576). L'art. 350 leur confère bien les mêmes droits héréditaires qu'aux enfants légitimes, mais cela n'est vrai que sur « la succession de l'adoptant » ; la loi leur refuse tout droit sur les biens des « parents de l'adoptant ».

C. — Cas de l'enfant naturel.

1899. Parents appelés. — L'art. 766 appelle les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (enfants légitimes du même père ou de la même mère) à recueillir les biens que l'enfant naturel a reçus de leur auteur commun. « Reçus » : ce mot comprend à la fois les libéralités et la succession ab intestat.

Le texte ne parle que des *frères* et *sœurs.* Faut-il accorder le même droit à leurs descendants ? C'est un point délicat et très débattu. D'excellents auteurs (Aubry et Rau, Demolombe) sous-entendent ici, par application des règles du droit commun, le bénéfice de la représentation au profit des descendants de frères ou de sœurs. Mais une solution plus rigoureuse a prévalu devant la Cour de cassation : la succession anomale est une matière exceptionnelle et il faut s'en tenir au texte, qui n'accorde le droit de retour qu'aux frères et sœurs personnellement (Cass., 1er juin 1853, D. 53. 1. 177, S. 53. 1. 481).

§ 3. — *Condition d'ouverture de la succession anomale*

1900. Le principe. — Pour que cette succession s'ouvre, il faut que la personne dont le successeur anomal est appelé à recueillir les biens soit *morte sans postérité* : cette condition est écrite dans tous les textes : pour l'enfant donataire (art. 747), pour l'enfant adoptif et ses descendants (art. 351-352), pour l'enfant naturel (art. 766.)

1901. Motif. — On a tout lieu de penser que l'ascendant donateur, l'adoptant ou les parents naturels ont voulu donner à l'enfant et à sa postérité, qu'ils ont reporté leur tendresse sur leurs petits-enfants, mais qu'ils se préféraient eux-mêmes à tous autres successeurs. Cette interprétation de volonté, admise d'abord pour le cas où il y a eu donation, s'est étendue aux quelques cas exceptionnels où les biens à recueillir sont arrivés au défunt par succession.

1902. Descendants faisant obstacle au droit de retour. — La loi s'exprime toujours en termes vagues : « décédé sans postérité ». Quels descendants peut-on comprendre sous ce nom ? Passons en revue les diverses catégories possibles.

Descendants légitimes ou légitimés. — Pour eux, il ne saurait y avoir aucun doute ; tous empêchent le droit de retour de s'ouvrir.

Enfant adoptif. — Il y a d'abord un cas non douteux, c'est celui où il s'agit d'un enfant adopté par l'enfant naturel décédé : cet enfant adoptif écarte certainement les frères et sœurs légitimes de son père ou de sa mère, venant en vertu de l'art. 766, et la raison en est qu'il écarterait entièrement les père et mère naturels eux-mêmes, qui passent avant les frères et sœurs légitimes : ceux-ci ne peuvent hériter qu'autant que l'enfant naturel décédé ne laisse aucun héritier en ligne directe.

Mais la question est controversée dans les deux autres cas (hypothèses des art. 351 et 747). On prétend que l'enfant adoptif ne fait pas obstacle au retour légal, parce qu'il n'est ni un *descendant* (expression de l'art. 351), ni une *postérité* (expression de l'art. 747), et c'est en ce sens que la pratique s'est fixée. Je considère cette solution comme inexacte. L'enfant adoptif a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que s'il était enfant légitime. On dit bien que la loi est satisfaite parce qu'il les possède sur la succession ordinaire de l'adoptant et que le texte n'a pas entendu parler de la succession anomale. Mais devons-nous distinguer dans un cas où la loi ne distingue pas ? C'est réduire arbitrairement la portée de l'assimilation établie entre l'enfant adoptif et l'enfant légitime.

Enfants naturels. — La postérité naturelle fait obstacle au droit de retour

dans l'hypothèse de l'art. 766, pour la même raison que la postérité adoptive : l'enfant naturel primerait les père et mère naturels du défunt, qui eux-mêmes font obstacle à la succession anomale.

Au contraire, l'enfant naturel de l'adopté n'empêche pas l'adoptant ou ses descendants d'exercer leurs droits ; ici le texte est formel ; la succession anomale s'ouvre quand l'adopté meurt « sans descendants légitimes ». Cette condition est réalisée quand il laisse seulement un ou plusieurs enfants naturels.

Enfin dans le cas de l'art. 747 (ascendant donateur), la question est douteuse. Il a été jugé que l'ascendant avait bien dû étendre sa libéralité à des descendants légitimes, mais qu'on ne saurait le considérer comme ayant compris dans son intention bienfaisante des enfants naturels qui ne se rattachent à lui par aucun lien légal (Cass., 9 août 1854, D. 54. 1. 265, S. 54. 1. 563). Cette solution est très contestable. Il y a un texte de principe, l'art. 758 actuel (anc. art. 757), qui donne à l'enfant naturel une part moindre, mais de même nature que s'il était enfant légitime. Il est dangereux d'écarter une pareille disposition par une simple induction tirée de l'esprit de la loi, qui paraît fort douteux, les auteurs du Code n'ayant certainement pas prévu la question.

La conclusion devrait donc être que l'enfant naturel ferait obstacle au droit de retour pour les trois quarts (art. 759 ; L. 25 mars 1896). Comp. Orléans, 14 mars 1902, D. 1903. 2. 504.

1903. Descendants indignes ou renonçants. — Quel qu'il soit, le descendant qui aurait empêché la succession anomale de s'ouvrir, s'il était arrivé effectivement à la succession ordinaire, sera considéré comme n'existant pas, s'il est exclu comme indigne, ou s'il renonce.

1904. Condition spéciale à l'hypothèse de l'art. 766. — Il ne suffit pas que l'enfant naturel soit décédé *sans postérité* : il faut encore qu'il ne laisse ni son père ni sa mère. Ceci tient à ce qu'alors le droit de retour est institué non plus au profit d'un ascendant, mais au profit de simples collatéraux.

1904 *bis*. Réserve d'usufruit au profit du conjoint du donataire. — Une pratique qui tendait à se généraliser avait introduit dans les contrats de mariage une clause d'après laquelle le conjoint du donataire doit avoir l'usufruit de tout ou partie des biens donnés, en cas de prédécès de son conjoint sans enfant. Un arrêt a annulé cette clause comme constituant *un pacte sur succession future,* parce qu'elle équivaut pour l'ascendant qui fait la donation à une renonciation anticipée à son droit de retour légal (Cass., 24 juill. 1901, D. 1901. 1. 537, note de M. Sarrut ; P. 1901. 1. 521 ; S. 1901. 1. 433, note de M. Lyon-Caen). Cette décision a été maintenue par un arrêt des Chambres réunies, du 2 juillet 1903 (D. 1903. 1. 352, S. 1904. 1. 65, P. 1903. 1. 497, avec une longue note critique de M. Gény). Voyez aussi Orléans, 30 avril 1904, S. 1904. 2. 269. Elle est profondément regrettable parce qu'elle met fin à une pratique utile, qui tendait à faciliter

les mariages, et qu'il existait plusieurs moyens légaux de donner satisfaction aux parties [1].

§ 4. — *Biens faisant l'objet des successions anomales.*

*__1905. Règle générale.__ — Le successeur anomal a droit uniquement *aux biens que le défunt avait reçus soit de lui-même, quand c'est un ascendant qui succède, soit de leur auteur commun,* quand c'est un collatéral. Ainsi l'adoptant et l'ascendant donateur succèdent aux choses par eux données ; les enfants de l'adoptant et les enfants légitimes succèdent aux biens donnés par l'adoptant ou par le père naturel, ou recueillis dans leur succession.

1906. Caractère de la succession. — Ce n'est pas sur la succession prise en masse que porte le droit de succession anomale, mais seulement *sur certains biens déterminés par leur provenance.* Cette succession a donc lieu à titre particulier ; de plus elle ne suit pas l'ordre habituel de la dévolution entre héritiers.

1907. Extension aux meubles. — Tout aussi bien que les immeubles, les meubles peuvent faire l'objet d'une succession anomale. Il est vrai que dans l'ancien droit l'ascendant donateur ne reprenait que les immeubles, mais c'est qu'il s'agissait pour lui d'une *succession aux propres* : or le caractère de propre n'appartenait qu'aux biens immobiliers.

*__1908. Condition commune à tous les cas.__ — Pour que le bien donné ou transmis au défunt puisse être repris par un successeur anomal, il faut toujours *qu'il se retrouve en nature dans la succession.* C'est le point capi-

[1] On a cherché, par divers procédés, le moyen de rendre cette clause valable. Les uns ont proposé d'y voir une *donation implicite de l'usufruit,* faite directement par le constituant à l'époux survivant (système de M. Lyon-Caen), ce qui a l'inconvénient de dépasser l'intention des parties et de faire profiter le conjoint survivant d'une libéralité qui n'est révocable ni par le divorce ni par la séparation de corps. D'autres veulent transformer la clause en une institution contractuelle d'usufruit par l'époux doté à son conjoint (système de M. Gény), ce qui serait le meilleur moyen de remplir l'intention des parties, mais cette interprétation s'éloigne encore plus que la précédente de la clause usitée en fait, dans laquelle le constituant est seul à parler et à vouloir, tandis que l'époux doté y joue un rôle passif. — Avant 1891, la clause était déjà usitée et servait en prévision du retour conventionnel : c'était une renonciation éventuelle à ce droit de retour, pour le cas où l'époux doté aurait fait une libéralité en usufruit à son conjoint. Quand vint la loi de 1891, on voulut prévoir aussi l'usufruit légal du survivant pour lui en laisser le bénéfice. Là était le danger, car on ne pouvait y arriver qu'en faisant renoncer le constituant à son droit de retour légal qui est un droit successoral, et on faisait ainsi un pacte sur succession future. En somme le malheur de cette clause est d'avoir été trop bien rédigée et d'une façon trop précise. Si on s'était borné à exprimer en fait le but pratique que les parties voulaient atteindre, en disant : « Nous voulons qu'à la mort de l'époux doté le conjoint survivant ait l'usufruit des biens donnés », on aurait cherché par quel procédé juridique ce but pouvait être atteint et on serait probablement arrivé au système de M. Gény. La jurisprudence a maintes fois employé ce procédé pour rendre valable une convention en analysant son mécanisme alors que les parties avaient simplement exprimé son résultat. — D'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'oppose pas à ce que le conjoint survivant recueille la *donation d'usufruit* à lui faite par son conjoint, car alors le bien donné ne se retrouve plus *en nature* dans la succession du prédécédé, et le retour légal ne s'ouvre pas (Trib. Seine, 26 mai 1910, sous Paris, 5 avril 1911, D. 1912. 2. 229, P. et S. 1912. 2. 69).

tal de toute la théorie et il donne lieu à de nombreuses difficultés, qui sont d'ailleurs les mêmes dans toutes les hypothèses. Nous prendrons le cas de l'ascendant donateur comme exemple.

L'expression « en nature » signifie que c'est *le même bien,* considéré *in specie*, celui qui avait fait l'objet de la donation ou de la succession, qui doit se retrouver dans le patrimoine du défunt.

A. — Reprise du bien lui-même.

1909. Effet de l'aliénation. — Si le donataire a aliéné le bien qui lui avait été donné, il n'y a pas de succession anomale ; le bien ne se retrouve pas dans sa succession. S'il l'a simplement grevé d'une servitude, l'ascendant le reprend amoindri et diminué. L'aliénation fait donc tomber le droit de l'ascendant pour le tout ou pour partie, selon qu'elle est totale ou partielle.

Il n'y a pas à distinguer entre les différentes espèces d'aliénations, à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou testamentaires. Quand le bien a été simplement légué, on pourrait être tenté de l'attribuer à l'ascendant, puisque le défunt l'a gardé jusqu'à sa mort et qu'il existe encore en nature ; mais il n'est pas dans la succession ab intestat : du jour du décès la propriété en a été acquise au légataire. Cela ne fait pas de doute aujourd'hui.

1910. Effet de la résolution de l'aliénation. — Si l'aliénation consentie par le donataire vient à être anéantie rétroactivement, comme par l'effet d'une action en nullité ou en résolution, le bien donné est repris par le donataire en vertu de son titre primitif, *ex causa antiqua*, et le droit de retour peut s'ouvrir au profit du donateur. — Il en serait autrement si, après une aliénation restée valable, le donateur acquérait à nouveau ce même bien, par exemple s'il l'achetait : il se trouverait alors en nature dans la succession, mais il n'y figurerait pas *comme chose donnée.*

1911. Clause d'inaliénabilité. — Pour se prémunir contre les dangers d'une aliénation, qui leur ferait perdre leur droit de retour, certains donateurs interdisent au donataire d'aliéner sans leur consentement. La jurisprudence valide ces sortes de clauses (voyez t. I, nos 2343 et suiv.). Elles sont pourtant inutiles : si le donateur tient à s'assurer contre ce danger, il n'a qu'à stipuler le retour conventionnel.

B. — Reprise d'objets subrogés au bien donné.

***1912. Reprise du prix.** — Lorsque le bien donné ne se retrouve plus en nature, il est possible que le droit de retour s'exerce sur diverses choses qui lui sont subrogées. La première de toutes est le prix du bien aliéné, *lorsqu'il est encore dû*. Ceci veut dire que l'ascendant reprend la créance du prix à la place de la chose elle-même. Si ce prix est déjà payé, le droit de l'ascendant s'évanouit. En cas de paiement partiel, il n'aura droit qu'au reliquat.

1913. Actions en reprise. — De même que le prix, la loi autorise l'ascendant à recueillir « l'action en reprise que pouvait avoir le donataire » (art. 747). Que faut-il entendre par là ?

Les actions qui peuvent porter ce nom sont de deux sortes :

Les unes tendent à faire recouvrer au donataire la chose aliénée par lui.

De ce genre sont les *actions en nullité* pour incapacité ou pour vice du consentement, les *actions en résolution,* par exemple pour défaut de paiement du prix, les *actions en révocation d'une donation pour ingratitude,* ou *en rescision d'une vente pour lésion,* etc.

Les autres, qui portent plus spécialement dans la langue du droit le nom d'actions en reprise, sont celles qui naissent *entre époux,* et ordinairement *au profit de la femme.* Exemple : la reprise du prix d'un propre aliéné par la femme, sous le régime de communauté, quand le prix a été touché par le mari, sans qu'il en ait été fait remploi. Cette seconde espèce d'actions tend seulement à procurer *la valeur en argent* du bien aliéné, et non ce bien lui-même.

1914. Extension par la jurisprudence de l'idée de subrogation. — Pourquoi la loi autorise-t-elle le donateur à reprendre, en cas d'aliénation du bien qu'il avait donné, soit le prix encore dû, soit l'action en reprise? C'est qu'à ses yeux *ces actions en paiement ou en reprise tiennent lieu de la chose,* qu'elles remplacent d'une manière exacte et qu'on est sûr de leur provenance. C'est donc un cas de *subrogation réelle.* En partant de là et en donnant à la loi une interprétation extensive, la jurisprudence a autorisé l'ascendant donateur, et avec lui tous les autres successeurs anomaux, à reprendre un nombre toujours croissant de choses qu'elle considère comme subrogées au bien donné. On se contente d'exiger que la chose soit la représentation certaine de celle qui faisait l'objet primitif du droit de retour. De la sorte l'ascendant retire autant que possible de la succession du donataire toute la valeur dont il l'avait enrichi.

1915. Applications principales. — Voici quelques-unes des conséquences les plus remarquables auxquelles on est arrivé dans la pratique.

Échange. — Le donateur peut reprendre la chose acquise par voie d'échange à la place de celle qu'il avait donnée (Lyon, 24 avril 1871, S. 72. 2. 121).

Emploi du prix. — Il reprend de même le bien acheté à titre de placement du prix, quand le donataire a aliéné le bien primitif à titre de vente.

Argent monnayé. — Si l'ascendant a donné des choses fongibles, comme de l'argent ou des billets de banque, le retour aura lieu par cela seul qu'on trouvera des choses de même nature, alors même qu'on a la certitude que ce ne sont pas celles qui ont été données (système admis par d'anciens arrêts de 1816 et de 1817).

1916. Critique. — Toute cette interprétation extensive, fondée sur l'idée de subrogation et préconisée par MM. Aubry et Rau, est fortement combattue par la doctrine récente (Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 150), et comme les arrêts qui l'ont admise sont anciens et rares, et ne contiennent pas une solution de principe, on peut s'attendre à un revirement, si l'occasion se présentait. Le système de la loi est très net : elle permet à l'ascendant de succéder « aux choses *par lui données* », à celles-là et non à d'autres, et le texte précise encore : « lorsqu'elles se retrouveront en nature ». On ne saurait limiter

plus clairement le droit de l'ascendant. Il est bien vrai qu'ensuite la loi subroge deux sortes d'actions à la chose donnée, mais il convient de s'en tenir là, car cette disposition secondaire est évidemment une dérogation à la disposition principale, et elle doit recevoir une interprétation restrictive. — Quand le Code veut subroger un bien nouveau à celui qui n'existe plus en nature, il le dit formellement. Qu'on lise l'art. 132 et qu'on juge de la différence entre son langage et celui de l'art. 747.

§ 5. — *Effets du retour.*

1917. Caractère successoral du retour. — On a vu (ci-dessus, nos 1891-1892) que les deux législations qui se partageaient l'ancienne France étaient divisées sur ce point; il s'agit de savoir lequel des deux systèmes le Code a choisi. Aucun doute ne peut subsister : c'est le système coutumier, et le retour du bien se fait à titre de succession. L'art. 747 tranche la question et par la place qu'il occupe au titre des « successions », et par les termes qu'il emploie : « Les ascendants *succèdent*... » L'art. 766 ne parle pas de succession : il se sert des mots « passent... retournent », qui peuvent convenir aux deux systèmes, mais le sens est précisé par la place de l'article et par ce fait que le mot « passent » y est également employé pour désigner le droit successoral des frères et sœurs naturels de l'enfant décédé. Les art. 351 et 352 sont, il est vrai, hors du titre des successions, mais il est visible que c'est encore d'un droit de succession que la loi entend ici s'occuper, puisque l'art. 351 soumet l'adoptant et ses descendants à l'obligation de contribuer aux dettes et que l'art. 352 dit que l'adoptant « *succédera* aux choses par lui données ». Ainsi la réversion s'opère *à titre successif*, sans aucun effet résolutoire.

1918. Qualité variable de l'héritier anomal. — Les trois successions anomales admises par le Code ne s'opèrent pas dans des conditions identiques. L'ascendant donateur et l'adoptant ou ses enfants ont la qualité d'*héritiers légitimes*, à raison de la nature du lien de parenté qui les unissait au défunt; ils ont la *saisine*. Les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, qui ne sont liés à lui que par une parenté illégitime, sont des *successeurs irréguliers* ; ils sont obligés de demander l'*envoi en possession* : ceci résulte de la place qu'occupe l'art. 766, sous la rubrique : « Des successions irrégulières. » Voyez cependant ci-dessous, nos 1944 et 1950.

1919. Application du droit commun. — La succession anomale est soumise en principe aux règles générales des successions. Ainsi l'indignité, l'acceptation, la renonciation, le bénéfice d'inventaire, l'obligation aux dettes, le partage, etc., tous ces points sont réglés de la même manière que dans le droit commun. Il n'y a de différence que dans le principe du droit héréditaire ; le successeur anomal ne vient pas à son rang ; il prime les autres héritiers, à raison de l'origine des biens qui lui sont attribués.

1920. Séparation des deux successions. — Quand la succession anomale s'ouvre, elle ne se confond pas avec la succession ordinaire. Il y a alors *deux successions distinctes,* dont chacune est indépendante de l'autre.

Si l'ascendant n'est appelé qu'à la succession anomale, parce qu'il y a dans sa ligne des ascendants plus proches qui l'excluent, il peut y renoncer, et les biens qui en faisaient l'objet se réunissent alors à la masse de la succession ordinaire.

S'il est appelé en même temps à toutes les deux, il peut accepter la succession anomale et refuser la succession ordinaire ; ce qu'il fera, par exemple, si le défunt est mort insolvable et s'il tient à conserver le bien qu'il lui avait donné.

Peut-il, en sens inverse, refuser la succession anomale et s'en tenir à la succession ordinaire ? Non, ou du moins cela ne l'avancerait à rien, car les biens sujets au droit de retour, répudiés par lui, se réuniraient à la succession ordinaire et lui arriveraient à un autre titre. Toutefois sa renonciation comme successeur anomal produirait un certain effet : elle ferait rentrer dans la masse les biens de la succession anomale, qui, au lieu d'être pris exclusivement par lui, se partageraient entre lui et ses cohéritiers.

1921. Changements matériels opérés sur le bien donné. — Lorsque le droit de retour s'ouvre, le successeur anomal reprend la chose dans l'état où elle se trouve. Il peut arriver qu'elle ait été considérablement augmentée par le donataire : sur le terrain nu qui avait été donné, une construction a été élevée. On pourrait croire que l'ascendant qui n'a fourni qu'une partie de la chose actuelle, et la moindre peut-être, sera obligé de tenir compte à la succession de la valeur des bâtiments. Mais il n'en est rien ; il reprend la chose telle qu'elle est, à titre d'héritier ; elle est à lui, et personne autre n'a de droits sur elle.

A l'inverse il supporterait l'effet de dépréciations subies par la chose donnée : si le bien était jadis une maison, qui a été démolie par le donataire, il ne pourrait reprendre que le terrain, sans avoir de réclamation à formuler contre la succession ordinaire.

Appendice

1921 *bis*. Droit sur les biens des congrégations dissoutes. — Un droit spécial de retour a été établi par les lois du 24 mai 1825, art. 7, et du 7 juillet 1904, art. 5, pour le cas de suppression d'une congrégation religieuse autorisée. Les biens qui leur avaient été donnés ou légués reviennent aux donateurs, ou à leurs héritiers, ou aux héritiers des testateurs. Sur cette vocation héréditaire exceptionnelle accordée aux familles, voyez Cass., 3 mai 1909 et 8 juin 1912 (cinq arrêts) et la note de M. Sarrut, D. 1914. 1. 153. Ce droit de retour diffère à la fois du retour conventionnel, car il n'entraîne pas la résolution rétroactive de la libéralité, et du retour légal, car il n'oblige pas au paiement des dettes.

CHAPITRE V

DE LA DÉSHÉRENCE

1922. Nature du droit de l'État. — Lorsqu'il n'existe pas d'héritiers, la succession est attribuée à l'État, à titre de bien vacant et sans maître (art. 768). L'État n'est pas un *héritier* ; il ne *succède* pas au défunt en vertu d'une vocation héréditaire : c'est son droit de *souveraineté* qu'il exerce. Voyez cependant, en sens contraire, Paris, 13 déc. 1901, D. 1902. 2. 177, mais voyez les critiques de M. Colin, sous cet arrêt.

La succession recueillie par l'État est dite *en déshérence* (*de* privatif, et *heres*). C'est l'*Administration des domaines* (aujourd'hui réunie à l'Enregistrement) qui est appelée à exercer les droits de l'État (art. 769 et 772)[1]. Elle est obligée de demander l'*envoi en possession* et de remplir les mêmes formalités qui sont exigées des successeurs irréguliers. C'est même le fisc qui a été dans notre droit le premier modèle de ce genre de successeurs[2].

1923. Ressemblances avec les successeurs ordinaires. — Cependant l'État, recueillant une succession par déshérence, ressemble en plusieurs points à un héritier.

D'abord il recueille l'actif entier de la succession, les biens et droits de toute nature qui la composent, sauf une double exception : les *droits d'auteur*, qui s'éteignent d'après la loi du 14 juillet 1866, faute de successeurs ordinaires ; les livrets de caisse d'épargne abandonnés (L. de finance, 13 juillet 1911, art. 120)[3].

En second lieu, le passif est à sa charge : il est tenu des mêmes obligations que le défunt, sauf les modifications résultant des règles administratives sur la liquidation des biens de l'État. Toutefois le passif héréditaire ne peut jamais être exigé de l'État après l'épuisement de l'actif : l'État est nécessairement tenu *intra vires successionis*.

1924. Étrangers décédés en France. — L'État français succède même aux étrangers qui meurent sans héritiers sur son territoire. Pour les immeubles, il ne peut pas y avoir de difficultés. Pour les meubles on pourrait être tenté d'appliquer la règle « Mobilia personam sequuntur », quand le défunt a son domicile à l'étranger, mais l'art. 768 est une disposition particulière qui attribue à l'État « la succession » tout entière, sans aucune distinction. Par conséquent le droit de déshérence s'applique aux meubles qui se trouvent en France au décès de l'étranger.

1925. Droits des Hospices et des départements. — Dans des cas particuliers, les biens en déshérence, au lieu d'être dévolus à l'État représenté par l'Administration des domaines, sont attribués à d'autres administrations.

1° Un avis du Conseil d'État du 3 novembre 1809 a donné aux Hospices le droit de conserver les effets apportés par les malades décédés, quand ils sont traités gratuitement. En ce cas l'hospice prime même les héritiers, mais son droit ne s'applique qu'aux *effets* et *objets* de peu de valeur, et non aux sommes d'argent et aux valeurs importantes appartenant aux malades (Bordeaux, 17 août 1853, D. 54. 2. 154).

2° Jusqu'en 1904, les Hospices succédaient également aux enfants élevés par eux, quand ceux-ci décédaient encore mineurs et avant leur sortie de l'établissement (L. 15 pluviôse an XIII, art. 8 et 9) ; mais d'après l'art. 41 de la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, c'est le département qui succède à ceux qui ont la qualité de *pupille* de l'assistance publique (art. 6 de la loi), lorsqu'aucun héritier ne se présente. Les biens ainsi recueillis sont consacrés à la création de dots de mariage en faveur de pupilles ou d'anciens pupilles des deux sexes.

[1] Sur le projet de M. Roussel qui attribuait les successions en déshérence à une caisse spéciale instituée au profit des enfants abandonnés, voyez *Journal officiel*, Documents parlementaires, Chambre, 1884, annexes, p. 668, 851 et 1873. — Sur les pouvoirs de l'administrateur provisoire d'une succession en déshérence, voyez Grenoble, 29 nov. 1904, D. 1906. 2. 253.

[2] Sur les réclamations possibles de la part des héritiers, voyez ce qui est dit plus loin à propos de la pétition d'hérédité, n° 2050.

[3] Les livrets abandonnés sont attribués aux caisses d'épargne et aux institutions de prévoyance quoiqu'ils fassent partie de successions en déshérence (Delpech, sous Cass., 14 févr. 1911, P. et S. 1912. 1. 273).

TRANSMISSION DE LA SUCCESSION

****1926. Acquisition immédiate de la propriété.** — De quelle manière se fait la transmission aux héritiers des biens laissés par le défunt ? Cette transmission est *immédiate* et elle a lieu *de plein droit*[1]. Le patrimoine du défunt est donc acquis à ses héritiers sans qu'il se produise une solution de continuité dans la propriété. Nous n'avons plus en droit français de *jacence de l'hérédité*, comme il s'en produisait en droit romain ; les biens d'une succession ouverte ne sont jamais *res nullius*, en supposant bien entendu qu'il y ait des héritiers disposés à l'acquérir.

Cette règle s'applique sans distinction aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux héritiers légitimes ; les uns comme les autres sont, aussitôt après la mort du défunt, propriétaires, créanciers, débiteurs à sa place.

***1927. Règles différentes pour les deux espèces de successions.** — Malgré cette ressemblance *sur le fond du droit*, il existe cependant une différence grave entre les successeurs légitimes et les successeurs irréguliers *sur la manière de prendre possession de l'hérédité*, ce qui n'est, à vrai dire, qu'une question de forme, mais à laquelle on a donné dans notre droit une importance véritablement excessive : les uns ont la *saisine* ; les autres ne l'ont pas et sont obligés de demander l'*envoi en possession*. Qu'est-ce que la saisine ? qu'est-ce que l'envoi en possession ? les deux chapitres qui suivent répondent à cette double question.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SAISINE DES HÉRITIERS LÉGITIMES

1928. Bibliographie. — Rigaut, *De la saisine héréditaire* (*Revue Fœlix*, t. IX). — Simonet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire*, 1852, in-8. — Thiercelin, *De la saisine héréditaire dans l'ancien droit français* (*Revue critique*,

[1] Cependant l'idée que l'héritier n'acquiert la succession qu'en vertu de l'acceptation, qui est rétroactive, a été soutenue dans une thèse présentée à Bordeaux en 1899 par M. Verdié, sur la transmission de la propriété par décès.

t. XXXVII, p. 80 et suiv. ; et nouvelle série, t. I, p. 779 et suiv.). — Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain* (*Nouvelle Revue historique*, t. IV). — Brissaud, *Origines de la saisine héréditaire* (*Revue générale*, t. V, p. 252 et suiv.). — Lefort, *Nouvelles recherches sur la saisine*, 1878. — Klimrath, *Revue de législation*, t. II, p. 356, et t. XXX, p. 55. — P. Henry, *Notes de droit civil rétrospectif* (*Revue critique*, juin 1904, p. 341 et suiv.). — Thèses de Doctorat : MM. Dufourmantelle, Paris, 1890 ; P. Patte, Paris, 1899, etc. — Voyez aussi l'étude de M. Percerou, cité au n° 2061 *bis*, ci-dessous.

§ 1. — *Notions historiques.*

***1929. Idée générale de la saisine.** — Le mot « saisine » est un vieux mot français d'origine germanique [1], qui veut dire tout simplement « possession ». Jamais les textes d'ancien français ne parlent de *possession*, qui est un mot de formation savante, réintroduit dans la langue au XVe ou au XVIe siècle. Du jour où le mot « possession » a été employé, la notion de la saisine a paru être une chose différente et s'est obscurcie, et actuellement on ne trouverait pas dans le droit français d'institution dont on parle plus et que l'on comprenne moins.

1930. Saisine de droit et saisine de fait. — La saisine a cependant un caractère particulier, qui n'appartient pas au simple fait de la possession, tel que nous la comprenons aujourd'hui. Pour s'en rendre compte il faut lire les textes anciens, en respectant leur ordre chronologique. A côté de textes qui emploient le mot « saisine » pour désigner la simple possession de fait [2], on en trouve d'autres qui présentent la saisine comme une *possession garantie par le droit*, pouvant appartenir à quelqu'un qui n'a pas encore ou qui n'a plus la possession de fait. Le texte le plus net et le plus ancien qui nous montre cette séparation est de Beaumanoir : « Usage d'an et jour suffit à acquérir saisine » (XXIV, 4). Il est bien clair que pendant un an et un jour on a affaire à quelqu'un qui a la possession sans avoir la saisine. Cette séparation du droit et du fait est donc très ancienne, et dès le XIIIe siècle la saisine était comprise, au moins dans certains cas, comme étant simplement le *droit de posséder*, « jus possidendi ».

***1931. La saisine héréditaire.** — Si nous nous occupons uniquement de la saisine en matière de succession, nous voyons que de tout temps les parents d'une personne décédée avaient le droit de prendre possession de ses biens sans avoir à remplir aucune formalité et que le droit venait à leur secours en leur donnant dans ce but et immédiatement l'action possessoire [3].

[1] De l'ancien haut-allemand *sazjan*, placer, établir.

[2] « Domino regi remanere debebat molendinus predictus, qui erat in saisina ejus » (*Olim*, t. I, p. 389, XI). — « On doit demander la saisine de l'héritage sans plaider sur la propriété » (Beaumanoir, VI, 4, p. 100). Comp. *ibid.* p. 338, XXIV, 4, p. 468.

[3] « Sire, je demant à avoir le saizine du tel heritage... et à moi en apartient le sai-

De très bonne heure, on exprima cette situation par la maxime « le mort saisit le vif », qu'on trouve déjà dans les textes du XIIIe siècle, les plus anciens que nous possédions sur ces matières [1].

A l'origine, cette maxime n'intéressait que le droit civil ; on voulait simplement exprimer par là que l'héritier devait être mis en possession des biens du défunt à l'exclusion de tout détenteur. C'est justement ce que décidait l'arrêt de 1259, cité aux notes, et c'est encore ce que disent très clairement quelques textes jusqu'au commencement du XVIe siècle [2]. Mais au XVIe siècle on se servit du brocard *Le mort saisit le vif* comme d'une arme pour lutter contre les prétentions fiscales des seigneurs. Ce fut une seconde phase dans l'histoire de la saisine, qui devint alors agressive contre la féodalité et qui sortit ainsi de son domaine primitif, qui était le droit civil pur.

1932. Controverses sur les origines de la saisine. — Au XVIIIe siècle, LAURIÈRE, qui n'avait pas à sa disposition tous les documents que nous possédons aujourd'hui, donna de la saisine une explication purement imaginaire (sous le n° 317 des *Institutes coutumières* de Loysel). Il prétend que cette maxime a été *inventée* pour dispenser l'héritier de payer les profits féodaux en s'abstenant de demander l'ensaisinement à son seigneur. Les textes cités plus haut suffisent à lui répondre.

Quant aux auteurs modernes qui écrivent sur le droit civil leurs opinions à cet égard n'ont pas grand poids, parce qu'ils mêlent sans discernement les textes de toutes les époques. — Il est certain que la saisine se rattache, par ses plus lointaines origines, aux traditions du droit germanique et à l'idée de la copropriété de famille : l'héritier, du vivant même du chef de famille, possédait conjointement avec lui les biens familiaux. Il en était déjà copropriétaire, on admit donc facilement qu'il n'était pas nécessaire d'*ensaisiner* l'héritier. D'autre part, la saisine germanique concernait à la fois la *possession* et la *propriété*, deux notions qui se confondent facilement dans les législations primitives.

L'idée du moyen âge sur la saisine, considérée comme quelque chose de distinct de la possession de fait, nous vient-elle du droit germanique ou du droit romain ? La plupart des auteurs penchent pour les origines germaniques. J'ai jadis essayé de montrer que l'influence romaine n'était peut-être pas étrangère à la formation de cette notion (*Revue critique*, 1885, t. XIV, p. 337) et je persiste dans cette idée. M. Viollet n'est pas éloigné de l'accueillir (*Histoire du droit civil français*, 2e édit , p. 830-832). On ne se doute pas en général de la part qu'ont prise les textes romains dans la formation de nos idées juridiques dès qu'ils ont été étudiés, c'est-à-dire à partir du XIIe siècle.

zine par tele reson. Et doit le reson dire, si comme s'ele li est descendue ou esqueue, ou il le demande comme executiteres, par le reson du testament, car en tex cas vennent saisines d'eritages » (BEAUMANOIR, VI, 4). L'auteur ajoute que si on ne lui « empêche saisine », il peut entrer en la chose dont droit ou coustume lui donne saisine, sans parler au seigneur, si ce n'est en fief.

[1] Jugement de 1259 : « Per consuetudinem terre mortuus debebat vivum saisire » (*Olim*, t. I, p. 452, n° XVI). — *Usage d'Orlenois*, du milieu du XIIIe siècle : « Li mort saisist le vif » (II, 4, dans VIOLLET, *Etabl. de Saint-Louis*, t. II, p. 337).

[2] En pays coustumier apprehension de fait ne fait rien que le prochain hoir ne soit saisi et vestu de l'heritage du deffunct, par la coustume que le mort saisit le vif » (JEAN DESMARETS, † 1383, Décision 52). — « L'hoir se peut dire incontinent après la mort... en possession et saisine des biens du trépassé dont il se dit hoir » (*Grand coutumier*, II, 21). — « Et est saisi chacun (héritier) de son droit et portion... sans appréhension de fait » (*Coutume d'Anjou*, de 1508, art. 272),

§ 2. — *La saisine héréditaire dans le Code civil.*

A. — Héritiers saisis.

****1933. Disposition primitive de l'art. 724.** — Le Code Napoléon portait : « Les *héritiers légitimes* sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. » C'était l'équivalent de l'art. 318 de la coutume de Paris, qui disait : « Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à lui succéder », avec cette différence toutefois que la saisine appartenait jadis à tous les membres de la famille appelés à succéder ab intestat [1], tandis que le droit moderne a créé une catégorie de successeurs irréguliers privés de la saisine, et qui comprenait d'abord (de 1804 à 1896) tous les parents naturels et le conjoint.

****1934. Modification de 1896.** — Aux héritiers légitimes, qui ont conservé la saisine, qu'ils ont eue de tout temps, la loi du 25 mars 1896 a ajouté ceux qu'elle appelle les « héritiers naturels. ». Entendez par là les *enfants naturels* et les *père et mère naturels,* qui sont transformés par cette loi en *héritiers légitimes*, pourvus de la saisine.

1935. Théorie de la saisine collective. — Mentionnons pour mémoire une idée développée en Allemagne par Zachariæ et adoptée en France par Blondeau (*Séparation des patrimoines*, p. 652 et suiv.), d'après laquelle la saisine appartiendrait non seulement aux héritiers qui se trouvent en rang utile pour succéder, mais à toute la parenté légitime, à tous les degrés. Cette doctrine qui se rattachait aux traditions sur la *copropriété de famille*, est universellement abandonnée. La saisine n'est donnée qu'aux seuls héritiers *appelés*, et non collectivement à tous les parents. Elle est *individuelle* et n'est donnée à chacun que pour sa part.

***1936. Dévolution de la saisine.** — Mais si la saisine n'est pas *collective*, elle est tout au moins *successive*, c'est-à-dire qu'elle passe aux héritiers du second degré par l'effet de la renonciation du premier, et ainsi de suite : chaque catégorie appelée à défaut des précédentes arrive à la succession avec la saisine, en supposant qu'elle y ait droit par son titre, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'héritiers légitimes, et non d'un successeur irrégulier, comme le conjoint. Cette saisine leur est dévolue rétroactivement, par l'effet de la renonciation du rang précédent, qui est censé n'avoir jamais été héritier (arg. art. 785).

[1] La loi roumaine n'accorde la saisine qu'aux descendants et ascendants. Tous les autres héritiers doivent se faire envoyer en possession (art. 653 C. civ. roumain. Comparez art. 652, 677, 678, *ibid.*). Mais dans le Code roumain la saisine n'a aucun rapport avec le paiement des dettes, que tous les successeurs supportent *ultra vires.*

[2] MM. Aubry et Rau professaient une opinion différente, qui n'est qu'une atténuation de la théorie de la saisine collective. D'après eux, lorsque plusieurs héritiers légitimes sont appelés conjointement à une même hérédité, ils en sont saisis d'une manière indivisible jusqu'au partage. Ils considéraient l'hérédité, en tant qu'objet de succession, comme aussi indivisible que le patrimoine d'une personne vivante (t. VI, § 583, texte et note 8 ; § 609, note 22). Mais la seule conclusion qu'ils en tirent, c'est que l'un des cohéritiers peut, pendant l'indivision, revendiquer la succession entière contre un tiers détenteur *pro herede,* solution qui paraît très contestable.

1937. Objections. — Deux textes jettent quelques doutes sur la question, et ont fait croire à divers auteurs que la saisine n'était pas successive. Ce sont les art. 790 et 811.

Argument tiré de l'art. 790. — Cet article permet à l'héritier qui a renoncé de revenir sur sa renonciation pour reprendre la succession qu'il avait d'abord dédaignée, tant que l'héritier subséquent n'a pas accepté. Comment ce retour du renonçant serait-il possible, si l'héritier qui le suit était saisi ?

Argument tiré de l'art. 811. — Dès que les héritiers connus ont renoncé, la succession est *réputée vacante*, et il peut lui être nommé un curateur. Si la saisine était successive, ne faudrait-il pas dire que la succession n'est vacante qu'après que tous les degrés successibles ont renoncé ?

Réponse. — L'argument pris de l'art. 811 se retourne contre ceux qui s'en servent, car cet article ne dit nullement qu'un curateur peut être nommé dès que le premier degré a renoncé et encore qu'il existe d'autres héritiers connus : au contraire, il suppose que *tous les héritiers connus* ont renoncé, ce qui implique qu'ils ont été saisis les uns après les autres. Quant aux héritiers inconnus, dont l'existence est problématique, on ne doit pas en tenir compte, car, en attendant qu'ils se révèlent, il faut bien que la succession soit représentée par quelqu'un.

L'argument que fournit l'art. 790 est plus sérieux, mais tout ce qu'on en peut conclure, c'est que la saisine des degrés ultérieurs a moins de force que celle du premier rang. Une faveur faite à l'héritier préférable par son rang constitue une simple dérogation à la règle, et n'autorise pas à nier la dévolution naturelle de la saisine.

Enfin si la saisine n'était pas successive, il faudrait soumettre les héritiers appelés à défaut des renonçants à la nécessité de demander l'envoi en possession, ou bien décider qu'ils ne sont ni soumis à cette formalité ni saisis, toutes solutions qui seraient également contraires à l'art. 724, qui ne connaît que deux classes de successibles : ceux qui sont obligés de se faire envoyer en possession et ceux qui en sont dispensés comme ayant la saisine.

B. — Effets de la saisine.

1° Leur nature.

****1938. A quoi ils se réduisent.** — La saisine n'a aucun rapport avec la transmission de la propriété, qui s'accomplit immédiatement, aussi bien au profit des héritiers qui en sont privés que de ceux qui la possèdent[1]. Ses effets concernent uniquement *la prise de possession de l'hérédité*, et ils se produisent sous deux formes différentes, l'une pour les *choses en nature* et l'autre pour l'*exercice des actions*.

1° Prise de possession des biens héréditaires. — L'héritier saisi a le droit de se mettre en possession des biens du défunt, mobiliers et immobiliers, *sans avoir à remplir aucune formalité*. C'est son bien et l'accès lui en est

[1] Cependant Pothier attribue certainement à la saisine l'acquisition immédiate de la propriété, qui résulte de l'ouverture de la succession. Après avoir rappelé la règle romaine, d'après laquelle la succession n'était pas acquise à l'héritier avant qu'il ne l'eût acceptée, il s'exprime ainsi : « Au contraire, suivant notre droit français, une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déférée, et avant qu'il en ait encore la moindre connaissance... *C'est ce que signifie cette règle* de notre droit français : « Le mort saisit le vif, etc. » (*Successions*, chap. III, sect. 2.) M. Bugnet met en note : « Il n'est pas bien sûr que tel soit le sens de la règle... » Non seulement cela n'est pas sûr, mais c'est le contraire qui l'est. Pothier commet ici une confusion, facile à comprendre, parce que de son temps tous les héritiers avaient la saisine, mais son application est un contresens historique. Avant lui Lebrun tenait déjà le même langage (*Successions*, liv. III, chap I, n° 34).

libre. Il peut donc se mettre immédiatement à la tête de l'administration de la succession et percevoir les fruits et revenus des biens qui la composent.

2° Exercice des actions. — L'héritier saisi a qualité pour exercer les *actions de toute nature* appartenant au défunt et pour *défendre* à celles qui appartenaient à des tiers contre lui. Cette aptitude à exercer activement et passivement les actions du défunt est surtout remarquable pour les *actions possessoires* : l'héritier en est investi de plein droit, même s'il s'agit d'un bien possédé par un tiers et dont lui-même n'a jamais eu personnellement la possession de fait.

Pour exprimer ce double effet de la saisine, on dit communément que les héritiers saisis ont la *possession de droit* (parce qu'ils sont virtuellement investis de toutes les actions du défunt) et qu'il dépend d'eux d'y joindre, de leur autorité privée, la *possession de fait,* en s'emparant des biens.

2° Rapport de la saisine avec l'obligation aux dettes.

***1939. Origine de cette idée.** — Par la façon dont il est rédigé, l'art. 724 établit un lien entre la saisine et l'obligation de payer les dettes du défunt. On y lit en effet que les héritiers sont « saisis de plein droit... *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* ». Comp. Cass., 14 déc. 1910, D. 1911. 1. 425.

C'est encore une idée relativement nouvelle, qui ne paraît pas remonter au delà du XVIIIe siècle : Pothier, qui ne connaissait pas les origines historiques de la saisine et ne s'en mettait même pas en peine, lui attribuait comme effets propres toutes les règles qu'il voyait applicables aux héritiers légitimes. On l'a déjà vu (ci-dessus, n° 1938, en note) pour la transmission immédiate de la propriété, que Lebrun et lui faisaient dériver de la saisine ; il en était de même des obligations du défunt, desquelles l'héritier se trouve devenu débiteur personnel par l'effet de la saisine. En d'autres termes, il applique au passif la même idée qu'à l'actif.

***1940. Réfutation.** — Cette conception est certainement fausse et Pothier lui-même nous en fournit la réfutation. L'obligation indéfinie aux dettes vient d'une autre idée, infiniment plus ancienne, d'après laquelle l'*héritier continue la personne du défunt.* Il prend la place de celui à qui il succède et est tenu de ses obligations de la même manière que lui. A ces héritiers, continuateurs de la personne, le droit français oppose ceux qui recueillent les biens du défunt à titre universel et qui sont tenus de ses dettes uniquement en qualité de *successeurs aux biens,* et parce que les dettes sont la charge de l'universalité du patrimoine[1]. Dans notre ancien

[1] Voici en quels termes Pothier exprime cette idée : « L'héritier est celui qui succède à tous les droits actifs et passifs du défunt, par conséquent, à toutes ses obligations, à toutes ses dettes ; il n'est pas tenu des dettes comme d'une charge des biens auxquels il succède, mais il en est tenu comme successeur, non pas seulement des

droit coutumier, le principal représentant de cette catégorie était le légataire universel.

L'idée de la continuation de la personne du défunt par l'héritier n'est pas spéciale au droit français ; c'est une tradition juridique qui remonte au droit romain, d'après lequel l'héritier était tenu des dettes de la même manière que le défunt, sauf l'effet du bénéfice d'inventaire créé par Justinien. Quant à la formule, elle est récente ; on ne la trouve pas encore dans Domat, bien qu'il analyse tout au long l'idée qu'elle exprime[1].

1941. Explication du texte. — Du reste, il ne faut pas se méprendre sur la nature du lien établi par le Code entre la saisine et l'obligation aux dettes. L'art. 724 ne s'exprime pas comme faisait Pothier ; il n'explique pas l'obligation de l'héritier par l'existence de la saisine, de façon à en faire un de ses effets ; il la présente comme une simple *condition* : l'héritier est saisi « sous l'obligation... », c'est-à-dire à la condition de payer tout ce que devait le défunt. De la sorte, nous restons libre d'expliquer l'existence de cette obligation par l'antique idée de continuation de la personne : il y a *concordance* entre les deux choses, plutôt que *rapport de cause à effet*. — Voyez cependant l'opinion contraire exposée par M. Percerou, dans son étude sur la *Liquidation du passif héréditaire*, Paris, 1906.

C. — Étendue de la saisine des héritiers.

***1942. Biens dont l'héritier est saisi.** — Un héritier légitime peut être saisi de biens dont la propriété ne lui appartient pas. Ce fait ne peut plus se présenter que pour une seule cause, le concours de l'héritier du sang avec des légataires non saisis, par exemple quand le défunt a *légué* divers biens à titre particulier, ou même par un legs universel, si l'héritier est réservataire : dans cette hypothèse, le légataire universel n'a pas la saisine, non plus que les légataires particuliers qui ne l'ont jamais. Les uns et les autres sont obligés de *demander la délivrance* à l'héritier, qui est saisi de toute la succession.

On peut donc avoir la saisine d'un bien dont on n'a pas la propriété et réciproquement avoir la propriété d'un bien dont on n'a pas la saisine.

Avant la loi du 25 mars 1896, la même situation se présentait pour les enfants naturels en concours avec les héritiers légitimes : eux aussi étaient des successeurs irréguliers non saisis. Actuellement ils sont héritiers et ont la saisine de leur part.

Il ne dépendrait pas du testateur d'enlever la saisine à ses héritiers pour la donner à ses légataires.

biens, mais de la personne même du défunt, c'est-à-dire de tous ses droits personnels actifs et passifs, et par conséquent de toutes ses dettes, même au delà de la valeur de ses biens » (*Successions*, chap. v, art. 3, § 1).

[1] Les jurisconsultes romains employaient la même formule (personam defuncti sustinet) dans un autre sens, à propos de l'*hérédité jacente*, « nondum adita » (*Institutes*, liv. II, tit. 14, § 2. Comp. *Digeste*, liv. XLI, tit. 1, § 34). — Voyez aussi la thèse de M. P. Cazelles, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, Paris, 1905, et l'étude de M. Percerou, citée au n° 2061 *bis*. Ce dernier considère la vieille fiction romaine comme un concept archaïque, qui a fait son temps, qui ne produit plus que des effets fâcheux et qui mériterait d'être abandonnée, pour faire place à la simple notion de transmission du patrimoine. Comp. Jallu, même sujet, thèse, Paris, 1912.

1943. Biens dont l'héritier n'est pas saisi. — Cependant l'héritier légitime n'a pas toujours la saisine de l'universalité de la succession. Elle lui manque : 1° pour les biens soumis à un *droit de retour* ; 2° pour ceux qui ont fait l'objet d'une *institution contractuelle*.

CHAPITRE II

ENVOI EN POSSESSION DES SUCCESSEURS IRRÉGULIERS

****1944. Situation générale des successeurs irréguliers.** — Comme les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers sont propriétaires des biens de la succession ou de leur part dans ces biens dès le jour du décès, mais *ils n'ont pas la saisine* (art. 724).

Rappelons que dans notre ancien droit on ne faisait aucune distinction de ce genre et que tous les particuliers appelés à recueillir une hérédité *ab intestat* étaient saisis (voyez ci-dessus, n° 1933). La privation de la saisine est donc une innovation du Code, d'autant plus grave que, dans son système, les successeurs irréguliers étaient nombreux et comprenaient tous les parents naturels. Depuis la loi de 1896, qui a étendu le bénéfice de la saisine aux enfants naturels et à leurs père et mère, il n'y a plus que le *conjoint* et l'*État* qui soient soumis à la nécessité de demander l'envoi en possession, auxquels il faut, je crois, adjoindre les *frères et sœurs de l'enfant naturel*, tant légitimes que naturels, mais dont l'arrivée à la succession est fort rare ; il y a du reste à leur sujet une controverse qui sera indiquée plus loin (ci-dessous, n° 1950).

§ 1. — *Conditions et formes de l'envoi en possession.*

1945. Scellés et inventaire. — Le successeur irrégulier doit : 1° faire apposer les scellés ; 2° faire inventaire (art. 769). Ces formalités sont nécessaires surtout pour protéger les héritiers du sang, qui pourraient se présenter un jour et enlever la succession à celui qui l'avait recueillie en fait. Elles servent aussi à déterminer la limite dans laquelle le successeur irrégulier sera tenu du passif envers les créanciers, si l'on admet qu'il n'est obligé que jusqu'à concurrence de l'actif, situation qui est certainement celle de l'État succédant par déshérence, mais qui est controversée pour les autres successeurs irréguliers.

1946. Demande en justice. — L'envoi en possession doit être demandé au tribunal dans le ressort duquel la succession est ouverte (art. 770). Cette demande s'introduit par une *requête* (arg. art. 859 et 860 C. proc. civ.). Elle doit être rendue *publique* au moyen d'affiches ; la loi exige « trois publications et affiches dans les formes usitées » (art. 770) [1]. Toutefois cette publicité n'est nécessaire que pour l'admission de la demande

[1] La loi n'ayant pas déterminé les formes de cette publicité, il y a une grande diversité en fait. En général des insertions sont faites dans les journaux chargés des annonces judiciaires et se succèdent de quinzaine en quinzaine.

qui pourrait être rejetée sans aucune de ces formalités, si l'existence d'héritiers non renonçants était certaine.

Le tribunal rend un premier jugement ordonnant la publication de la demande ; quand cette publication est terminée, l'affaire revient devant lui, et il statue définitivement, le ministère public entendu (art. 770).

1947. Preuve à fournir. — Deux conditions également nécessaires pour le succès de la demande doivent être prouvées :

1° Que le réclamant a lui-même la qualité de conjoint ou de frère naturel du défunt ;

2° Qu'il n'existe pas de successeur préférable, ou du moins qu'aucun ne s'est présenté.

Le premier point est facile à établir. Il n'en est pas de même du second. Comment prouver qu'il n'existe aucun parent collatéral du défunt jusqu'au 12e degré ? En pratique, on se contente d'un *acte de notoriété*, constatant les déclarations des témoins qu'à leur connaissance il n'existe pas de parents plus proches.

1948. Garantie spéciale à fournir par le conjoint. — Une condition particulière est en outre imposée au conjoint survivant : il doit, *à son choix*, faire *emploi du mobilier* ou *donner caution*. Cette mesure est destinée à garantir le droit des héritiers légitimes encore inconnus, qui pourraient se présenter un jour et réclamer la restitution de la succession.

L'emploi suppose que les meubles existant en nature sont vendus ; cette vente est obligatoire pour le conjoint, s'il ne veut pas donner caution, mais il a le choix du mode de placement, si le tribunal ne l'a pas spécifié ; la loi ne lui en impose aucun.

La caution n'est liée que pour *trois années* : après ce temps elle est déchargée (art. 771). La pétition d'hérédité reste ouverte aux héritiers contre le conjoint, car elle dure 30 ans, mais elle est alors dépourvue de toute sûreté particulière. Du reste, la caution n'est exigée que dans l'intérêt des héritiers ; elle n'est donc pas responsable envers les créanciers.

1949. Pourquoi l'État est dispensé de l'emploi et de la caution. — Cette précaution exceptionnelle n'est prise que contre le conjoint, car l'art. 771 ne l'établit que pour lui. L'*État* en est donc dispensé, conformément à l'adage « Fiscus semper solvendo censetur ».

1950. Controverse. — Quant aux *frères et sœurs naturels ou légitimes de l'enfant naturel*, appelés en vertu de l'art. 766, leur situation donne lieu à une difficulté. Sous l'empire des textes primitifs du Code, il n'est pas douteux qu'ils avaient la qualité de successeurs irréguliers, mais on se demandait s'ils étaient soumis à la nécessité de demander l'envoi en possession. Les textes ne le leur imposaient pas expressément, car les art. 769 et 770 ne parlaient que du conjoint et de l'État, et l'art. 773 déclarait ces deux textes applicables « aux enfants naturels appelés à défaut de parents », sans nommer les frères et sœurs de l'enfant naturel. Leur obligation ne pouvait donc provenir que de l'ensemble des dispositions de la loi et de l'opposition faite entre les successeurs irrégulier et les héritiers légitimes, ces derniers étant seuls investis de la saisine. Toutefois ces formalités sont pour eux moins utiles que pour le conjoint, car la famille légitime s'étend au loin, alors que la famille naturelle est très peu nombreuse et la plupart du temps on est certain que l'enfant naturel décédé ne laisse pas d'autres successibles que ses frères et sœurs. — Depuis la loi du 25 mars 1896, qui a élargi le cercle des héritiers saisis, la question a changé de face et on peut soutenir que le nouvel art. 724, en donnant la saisine aux « héritiers naturels », comprend sous ce nom même les successiblesd e l'art. 766. En ce sens Trib. de Versailles, 25 nov. 1897, D. 98. 2. 417. Voyez cependant les observations du *Dalloz* sur ce jugement.

§ 2. — *Effets de l'envoi en possession.*

1951. Effet des formalités accomplies. — Quand l'envoi en pos-

session a été prononcé, le successeur irrégulier se trouve *dans la même situation* que s'il était héritier légitime. La saisine lui était refusée par la loi, mais l'envoi en possession la remplace exactement. On peut dire qu'il donne au successeur irrégulier une *saisine judiciaire* et cette saisine *rétroagit* au jour de l'ouverture de la succession. Le successeur a dès lors tous les bénéfices de la possession, pour laquelle il est réputé avoir succédé au défunt à partir du décès, et il a l'exercice actif et passif des actions dépendant de l'hérédité.

1952. Effet d'une prise de possession irrégulière. — Si le successeur se place de son autorité privée à la tête de la succession, son acceptation, quoique irrégulière, produit cependant certains résultats. Il peut être poursuivi par les créanciers, dont sa négligence ne doit pas paralyser l'action. Mais sa possession de fait n'empêche pas les héritiers qui lui étaient préférables et qui avaient d'abord renoncé de revenir sur leur renonciation : son acceptation, n'étant pas régulière, ne leur est pas opposable. En sens inverse, cette simple acceptation de fait suffit à empêcher la déshérence de la succession et à écarter l'État.

OPTION DE L'HÉRITIER

****1953. Les trois partis à prendre.** — Celui auquel une succession est déférée peut choisir entre trois partis différents :

1° *Accepter purement et simplement*, ce qui est ordinairement le meilleur parti quand on est sûr que la succession est bonne ;

2° *Accepter sous bénéfice d'inventaire.* C'est ce qu'il faut faire si l'on a des doutes sur la solvabilité de la succession, l'héritier étant couvert par son bénéfice contre l'action des créanciers et conservant l'espoir de réaliser un gain, s'il reste un reliquat d'actif net.

3° *Renoncer.* La *renonciation* ou *répudiation* fait perdre à l'héritier tout droit sur la succession ; mais c'est une décision qui s'impose si la succession est évidemment mauvaise et que l'héritier n'ait pas de raisons personnelles de l'accepter quand même, pour acquitter de ses deniers les dettes du défunt. Ce sera encore un parti utile à prendre, si l'héritier a reçu du défunt une donation considérable, qui serait résolue et perdue pour lui par l'effet du rapport, s'il acceptait la succession d'une manière quelconque : il renonce alors *pour s'en tenir à son don.*

1954. Plan. — Afin de simplifier l'exposition des règles relatives à l'option de l'héritier, nous examinerons d'abord les règles communes aux trois hypothèses possibles, pour voir ensuite les règles spéciales à chacune d'elles.

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES GÉNÉRALES

§ 1. — *A qui l'option appartient.*

A. — Liberté du choix.

1955. Règle et exceptions. — En principe, la triple option déterminée par les art. 774 et 775 est ouverte à tous les successeurs venant *ab*

intestat. Il existe toutefois deux cas exceptionnels où la liberté d'opter est réduite. Voyez ci-dessous, nos 1957 et 1958.

** **1956 Liberté de renoncer.** — Le droit français ne connaît plus d'*héritiers nécessaires*. Aux termes de l'art. 775 : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue. » C'est la reproduction de l'art. 316 de la coutume de Paris : « Il ne se porte héritier qui ne veut » (comp. coutume d'Orléans, art. 325 ; de Bretagne, art. 571, etc., et Loysel, n° 318).

A raison de cette faculté de renonciation on a pris l'habitude, dans la doctrine, d'appeler « successible » l'héritier qui n'a pas encore pris parti, parce qu'il n'a pas encore acquis définitivement la qualité d'héritier.

1° Héritier mineur ou interdit.

* **1957. Suppression de l'acceptation pure et simple.** — La loi défend d'accepter purement et simplement une succession échue à un héritier mineur ou interdit (art. 461 et 509). On peut y renoncer, si on la juge mauvaise ; mais si on veut l'accepter, on ne peut le faire que *sous bénéfice d'inventaire*. L'acceptation pure et simple a paru dangereuse pour l'incapable, à cause de l'obligation qu'elle entraîne de payer indéfiniment toutes les dettes encore inconnues et qui peuvent se révéler dans la suite. Avec le bénéfice d'inventaire on échappe à ce danger.

La décision de la loi n'est cependant pas sans inconvénients. Elle oblige l'héritier à remplir des formalités et à faire des frais, qui sont inutiles quand la succession est bonne[1] ; de plus, s'il se rend adjudicataire d'un bien de la succession mis aux enchères, il se trouve tenu, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, d'acquitter le *droit de transcription* (1,50 pour 100), dont il serait dispensé s'il était héritier pur et simple (Cass., Ch. réunies, 12 janv. 1876, D. 76. 1. 52, S. 76. 1. 81).

2° Désaccord entre les ayants droit.

1958. Hypothèse. — Cette seconde exception résulte de l'art. 782. L'hypothèse prévue est celle où *une personne meurt après avoir été appelée à une hérédité sur laquelle elle n'a pas encore pris parti*. Son droit de la recueillir, avec l'option qu'il comporte, passe à ses propres héritiers (art. 781) : c'est la conséquence du principe moderne qui fait acquérir la succession de plein droit à l'héritier, sauf l'effet de son option, s'il veut y renoncer. Si cette personne laisse plusieurs héritiers, il est possible que ceux-ci se mettent d'accord sur le parti à prendre. Mais s'ils ne s'entendent pas, qu'arrive-t-il ? C'est alors que l'art. 782 intervient. Le plus sage aurait été de laisser chacun libre de son choix, comme on l'a fait dans l'art. 1475 pour les héritiers de la femme appelés de son chef à accepter ou à répudier la communauté ayant existé entre elle et son mari. Mais on a de tout temps consi-

[1] On le dit du moins ; mais les formalités du bénéfice d'inventaire sont à peu près les mêmes que celles de la tutelle : le tuteur devrait les remplir en cette qualité, quand bien même il serait autorisé à accepter purement et simplement.

déré l'option des héritiers comme *indivisible* : à eux tous, ils doivent avoir une décision unique, comme celle qu'aurait prise leur auteur.

1959. Solution. — Autrefois c'était le juge qui décidait *quid melius*, comme on disait (POTHIER, *Successions*, chap. III, sect. 3, art. 2, § 2). Aujourd'hui l'art. 782 veut que la succession soit *acceptée sous bénéfice d'inventaire*. Voilà donc un cas où des héritiers vont être obligés d'accepter malgré eux, contrairement à la règle « N'est héritier qui ne veut », par suite de leur dissentiment avec leurs consorts.

Cette solution appelle les mêmes critiques que celle qui est appliquée au mineur. Elle a de plus un grave danger : l'un des ayants droit a le moyen d'obliger les autres à subir l'effet du *rapport*, auquel une renonciation aurait pu les soustraire, et il y a là une fraude possible par la collusion de l'un d'eux avec les autres successibles appelés à la succession en même temps que leur auteur commun.

B. — Capacité.

1960. Renvoi. — Les incapables ne peuvent pas prendre parti eux-mêmes sur les successions qui leur sont échues. L'art. 776 veut que la femme se fasse autoriser par son mari pour accepter et ce même texte renvoie au titre « De la tutelle » pour les successions échues aux mineurs et aux interdits. C'est en effet à propos des différentes classes d'incapables qu'il convient d'indiquer les règles à suivre ; aussi nous n'en dirons rien ici.

§ 2. — *Délais accordés à l'héritier pour délibérer.*

** **1961. Notion générale.** — Pour permettre à l'héritier de délibérer, c'est-à-dire de se renseigner sur les forces de la succession et de réfléchir avant de prendre parti, des *délais spéciaux* lui sont donnés par la loi, pendant lesquels nul ne peut le forcer à se décider, s'il n'y est pas prêt, et on lui donne à cet effet une *exception dilatoire*, qui lui sert à repousser toutes les demandes dirigées contre lui.

A. — Durée des délais.

***1962. Délais légaux.** — Il existe un double délai : le premier est de *trois mois*, il est donné à l'héritier *pour faire inventaire* ; le second est de *quarante jours* et il est donné à l'héritier pour *délibérer* (art. 795). Le second délai commence après l'expiration du premier, ou même plus tôt, après la confection de l'inventaire quand il est terminé avant les trois mois. — L'inventaire peut encore utilement être fait après l'expiration des trois premiers mois, pendant la durée du second délai.

1963. Prolongation judiciaire des délais. — Ces délais peuvent être prolongés par le juge. L'art. 798 parle au singulier en disant que l'héritier peut demander « un nouveau délai ». Mais il est admis que le tribunal a le droit de lui en accorder successivement plusieurs, s'il y a lieu. On s'en rapporte à la prudence des juges.

1964. Point de départ. — Le délai court *du jour de l'ouverture de la succession* (art. 795). Cela s'applique sans difficulté aux héritiers appelés en première ligne.

Mais si ceux-ci renoncent, les délais déterminés par la loi ne peuvent courir qu'à compter de cette renonciation contre ceux qui sont appelés à leur défaut. Sans cela les héritiers du second rang n'auraient souvent aucun délai utile pour prendre parti.

Si l'héritier est mort avant d'avoir accepté ou répudié, ses propres héritiers, appelés à exercer son droit d'option, auront également un nouveau délai qui courra pour eux du jour où il est décédé.

En d'autres termes, chaque héritier appelé à opter jouit du délai légal *à compter du jour où le droit d'option s'est ouvert à son profit.*

B. — Situation de l'héritier pendant les délais.

** **1965. Effet de l'exception dilatoire.** — Aux termes de l'art. 797, tant que dure le délai, *l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation.* Ainsi ni les créanciers qui désirent se faire payer, ni les autres intéressés ne peuvent le forcer à prendre parti : il repoussera toutes leurs demandes par une *exception dilatoire* (art. 174 C. proc. civ.). La procédure sera retardée jusqu'à l'expiration du délai ou jusqu'à ce que la décision de l'héritier soit prise.

Par l'effet de l'exception, la procédure seule est suspendue ; la demande n'en est pas moins *valablement introduite*, et il ne sera pas nécessaire de la renouveler, si le successible accepte. Par suite, les créanciers ont intérêt à former immédiatement leur demande, bien qu'ils sachent d'avance qu'elle sera arrêtée par l'exception dilatoire : ils y trouvent le double avantage d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts à leur profit.

1966. Frais de poursuite. — Les frais faits sur l'exception dilatoire restent toujours à la charge de la succession, lorsqu'ils ont été faits pendant les délais légaux ; mais quand ils sont faits pendant les délais judiciaires, la loi les met à la charge de l'héritier, à moins qu'il ne justifie qu'il n'avait pas eu connaissance du décès ou que le délai légal a été insuffisant soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues (art. 799).

C. — Situation de l'héritier après les délais.

1967. Perte de l'exception dilatoire. — Quand les délais légaux et judiciaires sont écoulés, l'héritier est privé de l'exception dilatoire, et si on suppose qu'il est poursuivi par un créancier, il se trouve obligé de prendre parti immédiatement ; il n'a plus le moyen de retarder le jugement.

* **1968. Conservation du droit d'option.** — Mais il ne faut pas s'y tromper : l'héritier qui tarde à se décider n'est nullement déchu de l'option que la loi lui laisse. Il peut encore choisir entre les trois partis qui lui étaient ouverts, à moins qu'il n'y ait quelque raison spéciale qui lui ait fait perdre l'un ou l'autre, ce qui sera expliqué à propos de chacun d'eux.

§ 3. — *Temps donné pour opter.*

A. — Ouverture du droit d'option.

* **1969. Nullité des options anticipées.** — Quelle qu'elle soit, l'op-

tion du successible doit être faite *après l'ouverture de la succession,* et pas avant. Toute décision prise sur une succession non encore ouverte, c'est-à-dire sur la succession d'une personne encore vivante, est nulle. La loi le dit d'une manière spéciale pour la *renonciation* dans l'art. 791[1]. Mais la règle est vraie pour l'*acceptation* ; cela résulte à la fois de l'art 1130 qui défend d'une manière générale les *pactes sur succession future,* et de l'art. 1600, qui interdit de *vendre* la succession d'une personne vivante ; car la vente implique acceptation : pour céder ses droits à autrui, il faut que le successible commence par les fixer en sa personne par une acceptation.

1970. Option des successibles des rangs ultérieurs. — Quand la succession est ouverte, il n'est pas nécessaire que les successibles appelés en seconde ligne attendent pour opter que ceux qui les précèdent aient pris parti ; leur option vaudra par l'effet de la renonciation des successibles du rang précédent ; si ceux-ci acceptent, elle restera inutile. Sur une application pratique de ce droit, voyez Cass., 20 juin 1898, D. 99. 1. 441.

B. — Prescription du droit d'option.

****1971. Texte de la loi.** — « La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par *le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers* » (art. 789). Ce temps est de *trente ans* (art. 2262). — Ce texte a été écrit pour supprimer une règle ancienne qui considérait la faculté d'accepter ou de répudier comme imprescriptible (Pothier, *Successions,* chap. III, sect. 4, § 2 *in fine*). Il se trouve déjà avec sa rédaction actuelle dans le projet de l'an VIII (Fenet, t. II, p. 140, art. 94).

1972. Son obscurité. — Malgré sa clarté apparente, l'art. 789 est un des plus difficiles à expliquer de tout le Code civil. Je suis même convaincu qu'il est inexplicable et que ses rédacteurs ne se sont pas rendu compte de la question insoluble qu'ils nous donnaient à examiner.

Au bout de trente ans d'inaction, la loi déclare que le successible a perdu la « faculté d'accepter ou de répudier ». Mais quelle est alors sa situation ? la loi ne le dit pas. Est-il définitivement investi de la succession ou en est-il définitivement exclu ? On le saurait, si la loi déclarait prescrite seulement la faculté d'accepter ou seulement la faculté de répudier : l'héritier

[1] Cet article a été écrit spécialement pour proscrire l'usage des *renonciations à succession future,* très répandu dans l'ancien droit et qui remonte au moins au XIIe siècle (*Cout. d'Arles,* de 1142, de Montpellier, de 1204, dans Ch. Giraud, *Le droit françois au moyen âge,* t. II, p. 2 ; t. I, preuves, p. 66). On faisait renoncer les filles, et souvent aussi les puinés, pour empêcher l'amoindrissement de la fortune par les partages. Sur cet usage, inspiré par les nécessités de l'organisation féodale et conservé ensuite par l'esprit nobiliaire, voyez Viollet, *Précis,* p. 826 et suiv. ; Loysel, n° 341. Ordinairement la fille renonçait à la succession de ses parents, au moment où on la mariait en la dotant : sa renonciation se trouvait donc contenue dans son contrat de mariage. De là la formule de l'art. 791 : « On ne peut, *même par contrat de mariage,* renoncer... » Cette prohibition se trouve ainsi une des règles par lesquelles le Code civil maintient dans le droit privé l'esprit égalitaire de la Révolution.

serait considéré comme ayant pris le parti inverse de celui que la loi lui interdit de choisir; mais comme elle déclare à la fois prescrite l'une et l'autre option, on ne sait à quelle décision s'arrêter.

1973. Systèmes doctrinaux. — Différents systèmes doctrinaux, aujourd'hui sans intérêt, ont été présentés pour résoudre cette énigme. Voyez leur exposé dans Dalloz, *Répert.*, v° Succession, n°s 591 et suiv.; *Suppl.*, *ibid.*, n°s 490 et suiv. Nous n'en signalerons qu'un, pour mémoire : on proposait de distinguer entre les héritiers saisis et ceux qui ne le sont pas ; les premiers se seraient trouvés définitivement propriétaires de la succession, par l'effet de la prescription qui leur enlève le droit de répudier: les seconds en auraient été définitivement privés par la perte du droit d'accepter. Il semble en effet assez naturel de faire fonctionner la prescription de façon à consolider la situation de fait de l'héritier. Voyez le raisonnement de Demolombe, t. XIV, n° 315.

Mais cette manière de voir, qui est encore développée dans quelques ouvrages récents, accorde *une importance exagérée à la saisine*, qui ne concerne que l'*exercice* du droit, et non son *attribution*. Le successeur non saisi est propriétaire des biens du défunt tout aussi bien que celui qui a la saisine; il ne lui manque que la liberté d'agir en justice, mais le droit s'est déjà fixé en sa personne de façon à être transmissible à ses propres héritiers. De plus, dans son application aux héritiers saisis, ce système est contraire à la règle traditionnelle du droit français : « N'est héritier qui ne veut », car il fait d'eux des héritiers purs et simples, sans qu'ils l'aient voulu et même sans qu'ils aient connu l'ouverture de la succession.

On a encore reproché à ce système de n'être pas conséquent avec son principe : il prétend que la prescription rend définitive la situation où se trouvait l'héritier et qu n'était jusque-là que provisoire. Or quelle est cette situation? C'est *la liberté du choix*, le droit d'accepter ou de répudier à volonté, puisqu'on suppose un héritier qui n'a pas encore pris parti. L'idée d'un maintien définitif de la situation antérieure est donc incompatible avec le texte qui manifestement enlève quelque chose à l'héritier. Comp. Huc, t. V, n° 196. — Du reste l'effet de consolidation que M. Demolombe attribue ici à la prescription est vrai des prescriptions *acquisitives*, mais non des prescriptions *extinctives* : or c'est à cette dernière espèce qu'appartient celle de l'art. 789 (voyez ci-dessous, n° 1975).

****1974. Jurisprudence.** — Dans la pratique, toutes les distinctions proposées par la doctrine ont été écartées, et le système qui prévaut est simple : après trente ans, l'*héritier qui n'a pas pris parti est considéré comme étranger à la succession* (Cass., 29 janv. 1862, D. 62. 1. 273, S. 62. 1. 337 ; Cass., 28 févr. 1881, D. 81. 1. 195, S. 81. 1. 343 ; Cass., 13 févr. 1911, D. 1911. 1. 391, P. et S. 1911. 1. 248). — La même solution a triomphé en Belgique (Cass. belge, 20 nov. 1891, *Pasicrisie*, 91. 1. 14). Elle tend à prévaloir en Roumanie pour l'interprétation de l'art. 700 C. civ. roumain (Cour de Bucarest, *Dreptul*, 1886, n° 65 ; Alexandresco, p. 175). Tous les systèmes doctrinaux ont le tort d'appliquer l'art. 789 distributivement à deux facultés différentes, celle d'accepter et celle de répudier, alors que le texte n'établit la prescription que pour une *faculté unique*, celle d'accepter ou de répudier. Or cette faculté indécomposable ne peut être que le *droit héréditaire* lui-même, la vocation du successible : c'est ce droit qui se trouve perdu, qui s'éteint comme tous les autres au bout de trente ans. Dans le même sens Laurent, t. IX, n° 481 ; Huc, t. V, n° 195.

Si cette décision n'est pas l'interprétation vraie d'un texte qui n'en comporte aucune d'une manière certaine, elle a tout au moins l'avantage de résoudre la difficulté par le procédé le plus simple et le plus conforme aux principes généraux et au bon sens : la loi défère la succession à une personne ; si celle-ci n'use pas du droit qui lui est ouvert, elle le perd, et ce droit, c'est la qualité de successible : le résultat doit donc être le même que si cette personne n'avait pas été appelée à la succession.

* **1975. Nature de la prescription.** — D'après ce qui vient d'être dit, la prescription qui court contre l'héritier est une prescription *extinctive*. Ce caractère est aujourd'hui universellement reconnu. Cependant quelques arrêts déjà anciens sont partis de l'idée que la prescription opposée au successible dont le droit est perdu, par ceux qui ont recueilli l'hérédité à son défaut, était une *prescription acquisitive,* fondée sur leur propre possession. Dès lors, pour écarter la pétition d'hérédité dirigée contre eux par le successible qui leur était préférable, les arrêts ont été conduits à admettre une fiction, en vertu de laquelle leur possession, bien qu'ayant moins de trente années de date, était censée remonter au jour de l'ouverture de la succession (voyez notamment Cass., 29 janv. 1862 précité). — Cette fiction est inutile : l'action échoue, parce qu'elle est éteinte ; peu importe la durée de la possession du défendeur.

1976. Point de départ. — Les trente ans courent *du jour de l'ouverture de la succession* pour les successibles appelés en première ligne.

Toutefois, beaucoup d'auteurs admettent que la prescription ne court pas contre l'héritier qui ignore la dévolution de la succession à son profit (Aubry et Rau, t. VI, § 610, texte et note 18). Cette décision constitue un tempérament important qui rendrait acceptable dans la pratique le système le plus communément admis en doctrine et qui a été développé ci-dessus, n° 1973 ; l'héritier saisi ne se trouverait pas *malgré lui* investi de la succession d'une manière définitive, puisqu'il aurait eu trente ans pour la répudier à partir du moment où il en aurait connu l'ouverture ; il serait donc tout à fait raisonnable d'interpréter un silence aussi prolongé comme une acceptation tacite.

Il n'y a pas encore de jurisprudence sur la question, mais il est probable que les tribunaux appliqueraient ici leur système habituel sur l'existence d'une cause de suspension au profit des personnes qui ont une juste raison d'ignorer la naissance de leur droit (t. I, n°s 2701 et 2705).

Quant aux héritiers des degrés plus éloignés, appelés à la succession par la renonciation de ceux qui les précédaient, on tend à admettre que le délai de trente ans de l'art. 789 court également contre eux dès le jour de l'ouverture de la succession (Aubry et Rau, *ibid.*, texte et note 16), ce qui oblige à leur reconnaître le droit d'accepter la succession par anticipation et de prendre possession des biens héréditaires (Paris, 16 janv. 1913, D. 1913, 2. 353). Comp. les motifs de Rouen, 29 juin 1870, D. 71. 2. 239, S. 72. 2. 299.

§ 4. — *Caractères de l'option.*

1977. Énumération. — L'option de l'héritier présente quelques caractères importants. Elle est nécessairement :

1° Pure et simple. — Aucune modalité n'y peut être apposée. On ne peut pas accepter

une succession à terme ou conditionnellement. Celui qui consent à être héritier pour un temps l'est pour toujours : « Semel heres, semper heres. » Une acceptation conditionnelle serait non avenue, le successible n'ayant pas manifesté d'une manière ferme la volonté d'accepter.

2° Totale. — Une acceptation faite pour partie seulement vaut pour le tout, à cause de l'indivisibilité du patrimoine qui est transmis à l'héritier d'une manière universelle.

3° Indivisible. — Elle produit ses effets à l'égard de tout le monde.

4° Irrévocable. — L'irrévocabilité de l'acceptation est absolue [1] ; celle des renonciations ne l'est plus à cause de l'art. 790 qui permet au renonçant, dans un cas déterminé, d'accepter la succession.

§ 5. — *Annulation de l'option.*

A. — Causes de rescision.

1° Notions générales.

1978. Causes diverses de nullité. — L'option de l'héritier peut quelquefois être frappée de *nullité absolue*, par exemple si elle a été faite avant l'ouverture de la succession (art. 791). Mais en général les causes de nullité, dont on s'occupe à ce propos, sont celles qui entraînent une simple nullité relative et qui sont fondées sur l'*incapacité* de l'optant ou sur un *vice du consentement*. Il n'y a rien de particulier à dire pour les nullités dérivant de l'incapacité : le droit commun s'applique. Il n'en est pas de même pour les vices du consentement.

Avant d'examiner les règles spéciales qui leur sont applicables, remarquons que l'art. 783 n'a statué que pour le cas d'*acceptation*. Nous devons généraliser la question et nous occuper même de la renonciation.

***1979. Dol.** — D'après le droit commun, le dol n'est admis comme cause de nullité d'un contrat qu'autant qu'il a été *commis par l'une des parties contre l'autre* (art. 1116). Venant d'un tiers, il est indifférent ; le contrat reste valable et la partie trompée est réduite à une action en indemnité contre l'auteur du dol (t. II, n° 1063-2°). *Cette distinction est inapplicable aux acceptations ou répudiations de successions* : quelle que soit la personne qui a trompé le successible pour le décider à prendre un parti contraire à ses intérêts, l'action en nullité pourra être exercée. Ceci tient à ce qu'il s'agit ici d'un *acte unilatéral* pour lequel il n'y a pas à proprement parler de « parties » en dehors de son auteur. En fait, le dol viendra soit d'un cohéritier qui a voulu décider le successible à renoncer, pour hériter de sa part, ou à accepter, pour bénéficier du rapport d'une donation, soit d'un créancier qui l'a décidé à accepter purement et simplement pour l'avoir comme débiteur personnel.

La différence qui existe à ce point de vue entre les contrats et les options des successibles est visible dans les textes de la loi : l'art. 783 ne recherche pas par qui le dol a été commis, comme le fait l'art. 1116.

1980. Violence. — Le Code n'a pas mentionné la violence comme cause de nullité à propos des successions. Cependant il est certain qu'elle a lieu comme partout ailleurs. Puisque la loi décide que le dol entraîne nullité, on doit l'admettre à plus forte raison pour la violence, qui est une atteinte plus grave à la liberté.

1981. Erreur. — En matière de successions, l'erreur n'est *jamais*, à ce titre, une cause de *nullité relative*. De deux choses l'une : ou bien l'erreur porte sur l'*identité* même de la succession, et alors elle détruit entièrement la volonté, et la succession véritablement déférée n'a été ni acceptée ni répudiée ; ou bien elle porte sur les *forces de la succession*, et alors elle se confond avec la lésion pour laquelle il y a des règles spéciales. Voyez le n° suivant.

[1] A Bordeaux, on permettait jadis de renoncer pendant 30 ans après avoir accepté.

***1980. Lésion.** — Pour elle, nous devons distinguer entre la renonciation et l'acceptation.

1° Renonciation. — Jamais l'action en rescision ne sera ouverte, par cela seul que la loi n'a rien dit. C'est en effet un principe du droit français que la lésion n'entraîne la nullité que *pour certaines personnes*, qui sont les mineurs (art. 1118 et 1305), ou *pour certains contrats*, qui sont la *vente et le partage* (art. 887 et 1674). Faute de texte, nous ne pouvons qu'écarter l'action.

2° Acceptation. — Ici nous avons un texte, l'art. 783, qui établit un cas de rescision, *un cas unique*, dont il détermine la nature et les conditions et qui sera expliqué tout au long plus loin (n°s 1983 à 1987). Hors ce cas, l'héritier majeur [1] ne peut *jamais* se plaindre d'avoir été lésé par le parti qu'il a pris et intenter pour cette cause l'action en nullité. Ainsi la loi laisse sans secours un héritier qui a accepté une succession purement et simplement et qui éprouve ainsi une perte énorme parce qu'il découvre des dettes inconnues ou parce qu'il s'aperçoit que le défunt n'était pas propriétaire de certains biens qu'on croyait lui appartenir. Cette augmentation du passif ou cette diminution de l'actif resteront pour compte à l'héritier parce qu'il avait à sa disposition un moyen spécial de se garantir contre ce danger : c'était d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

2° Spécialités sur la rescision de l'acceptation pour lésion.

1983. Cause de rescision. — Le cas prévu par l'art. 783 est celui où *la succession se trouve absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation.* — Cette exception admise par la loi est-elle bien justifiée? On a dit que, s'il est possible aux héritiers de se renseigner sur l'état de fortune du défunt, il leur est beaucoup plus difficile de connaître les testaments qu'il a pu faire et qui ne sont plus en sa possession, tandis que les obligations qu'il a contractées et les aliénations qu'il a consenties laissent presque toujours des traces dans ses papiers. Cette raison n'est peut-être pas décisive, car bien d'autres actes que les testaments peuvent rester inconnus des héritiers et modifier considérablement la composition de la succession.

1984. Conditions de la rescision. — Ces conditions sont au nombre de quatre, savoir :

1° *La découverte d'un testament inconnu.* — Aucun recours ne serait donc ouvert à l'héritier qui découvrirait l'existence d'une donation ignorée de lui.

2° *Des dispositions faites à titre particulier.* — En effet, si le legs contenu dans le testament est un legs universel, l'héritier est entièrement dépouillé, mais son acceptation se trouve anéantie, puisqu'elle a été faite par quelqu'un qui n'avait aucun droit sur la succession : c'est le légataire universel qui succède à sa place; il n'y a donc pas lieu de faire rescinder une acceptation qui est non avenue. Le même raisonnement s'applique dans la mesure où la libéralité testamentaire reçoit son exécution, lorsque l'héritier est réservataire ou lorsque le legs est à titre universel : il y a partage de la succession entre l'héritier et le légataire. Au contraire, si ce sont des legs

[1] Le texte dit « l'héritier *majeur* », afin de réserver, conformément au droit commun, l'action du mineur qui peut se faire restituer quand il a été lésé et que les formes destinées à le protéger n'ont pas été observées.

particuliers, ils laissent à l'héritier son titre de successeur universel et lui en enlèvent seulement l'émolument.

3° *Une disposition enlevant à l'héritier la moitié au moins de la succession.* La loi entend parler ici de l'actif *net,* car elle suppose une libéralité qui ne s'acquitte qu'après le paiement du passif (Huc, t. V, n° 172. — Voyez toutefois Demolombe, t. XIV, n° 551).

4° *Une lésion résultant de cette découverte.* C'est ici qu'on cesse de comprendre la pensée de la loi : on n'aperçoit pas comment cette lésion peut se produire.

1985. La difficulté et ses différentes explications. — Il faut partir de l'idée admise traditionnellement que les héritiers ne sont jamais tenus de payer les legs « ultra vires hereditatis », même quand ils ont accepté purement et simplement (Pothier, édit. Bugnet, t. VIII, p. 138), idée qui s'est conservée jusqu'à nous (Orléans, 14 mai 1891, D. 91. 2. 313, S. 93. 2. 1). Si donc l'héritier se voit dépouillé en tout ou en partie par un testament, le bénéfice de son acceptation sera moindre ou nul, mais il ne sera pas *lésé,* il ne subira pas une perte sur sa fortune personnelle, et il n'aura aucun intérêt à demander l'annulation de son acceptation.

Les interprètes se sont alors mis en campagne pour découvrir la possibilité d'une lésion, et voici ce qu'ils ont trouvé de mieux.

Danger d'insolvabilité. — Une succession comprend 100 000 francs d'actif et 50 000 francs de passif. Il reste 50 000 francs nets à l'héritier. On découvre un testament contenant pour 60 000 francs de legs : l'héritier les paiera jusqu'à concurrence de 50 000 francs et restera les mains vides. Il n'est pas lésé, mais si de nouveaux créanciers se présentent, l'héritier sera obligé de les payer. On lui donnera bien un recours contre les légataires, qui auront touché des legs qui ne leur étaient pas dus, mais ceux-ci peuvent être insolvables (Villequez, *Revue de droit français et étranger,* t. VII, p. 234). — Cette hypothèse, outre qu'elle est trop compliquée pour avoir pu entrer dans les prévisions du législateur, ne répond pas à la définition du texte : ce n'est pas la découverte du testament, c'est la découverte de nouvelles dettes qui cause la lésion.

Danger du rapport. — On suppose une succession de 100 000 francs se partageant entre deux héritiers. L'un d'eux a reçu, sans dispense de rapport, une libéralité de 50 000 francs. S'il accepte, il y aura 150 000 francs à partager ; sa part sera de 75 000 francs. Il a donc intérêt à accepter ; il y gagne 25 000 francs. Voici qu'un testament se découvre qui lègue 70 000 francs à diverses personnes. Il ne reste plus que 150 000 — 70 000 = 80 000 francs. Sa moitié dans l'actif n'est plus que de 40 000 francs. Comme il en a rapporté 50 000, il est en perte de 10 000 francs (Villequez, *ibid.,* p. 236). — On ne peut faire à cette hypothèse le même reproche qu'à la précédente.

C'est bien la découverte du testament qui cause la lésion. Mais est-ce là ce que les rédacteurs de la loi ont prévu? Le texte ne s'occupe pas du rapport, qui suppose l'existence de plusieurs héritiers ; il est général et doit pouvoir s'appliquer même à un héritier unique. Dans la pensée de la loi, le danger est inhérent au seul fait d'une acceptation pure et simple.

Obligation de payer les legs « ultra vires ». — Toutes ces explications étant écartées, beaucoup d'auteurs ont été conduits à croire que l'art. 783 devait s'expliquer par la nécessité pour l'héritier d'acquitter les legs même « ultra vires hereditatis ». Alors la possibilité d'une lésion se comprendrait le plus facilement du monde. Cependant cette interprétation paraît tout aussi inacceptable que les précédentes. En effet on verra que dans notre droit, comme autrefois, l'héritier n'est pas tenu des legs au delà des forces de la succession. Voyez cependant le revirement de jurisprudence signalé ci-dessous, n° 2766. D'autre part, si c'était à cela que les rédacteurs du Code avaient pensé en rédigeant l'art. 783, ils se seraient exprimés autrement, ils auraient parlé de libéralité supérieure à l'actif et n'auraient pas exigé cette proportion de plus de moitié qui suppose qu'il reste encore à l'héritier une part considérable de la succession.

1986. Conclusion. — La vérité est donc qu'on ne sait pas ce que les auteurs de la loi ont voulu dire : l'art. 783 doit être considéré comme une *inadvertance législative,* en tant qu'il parle de la possibilité d'une lésion par l'effet de la découverte d'un testament. Juges et interprètes sont bien forcés d'appliquer la loi quand il se présente des hypothèses prévues par le législateur et réglées par un texte ; mais ils ne sont point chargés de découvrir les combinaisons de circonstances irréalisables auxquelles le législateur a songé dans un moment de distraction [1]. En fait, *jamais l'espèce visée par l'art.* 783 *ne s'est présentée dans la pratique,* et voilà près de cent ans que ce texte existe.

1987. Espèce pratique. — En revanche, il se présente parfois une

[1] L'origine historique de cette disposition est généralement ignorée; elle est cependant bien facile à découvrir. Le projet de l'an VIII portait que « l'acceptation du majeur ne peut *jamais* être révoquée sous le prétexte de lésion » (Fenet, t. II, p. 139, art. 88). Le tribunal de cassation demanda que la rescision fût possible « si, postérieurement à l'acceptation, l'actif de la succession se trouvait absorbé ou diminué de plus de moitié, soit par la production d'un testament jusqu'alors inconnu, soit par l'annulation d'actes non attaqués au moment de l'acceptation » (Fenet, *ibid.*, p. 569). Comme motif, le tribunal ajoutait que « la jurisprudence a jusqu'à ce jour été constante à l'appui de ce que propose la commission ». Il y avait donc des *arrêts* en ce sens, et il doit être possible de les retrouver. Or Pothier y fait allusion en ces termes : « Il y a même des arrêts qui, *sur des circonstances extraordinaires,* quoi qu'il ne fût point intervenu de dol, ont relevé des majeurs de leur acceptation, *mais ces arrêts ne doivent point être tirés à conséquence* » (*Successions,* chap. III, sect. 1, art. 1, § 4). Quels sont ces arrêts ? Remontons plus haut. Lebrun en parle plus explicitement que Pothier (*Successions,* liv. III, chap. I, n° 44), et il renvoie aux recueils de Henrys et de Boniface : quand on se reporte à ces arrêts, qui sont du XVIIe siècle, on voit qu'aucun d'eux ne concerne l'hypothèse prévue par l'art. 783. L'observation du tribunal de cassation a donc pour cause première une réminiscence inexacte de Lebrun.

hypothèse où la rescision semblerait assez conforme à l'équité naturelle, et où cependant elle est impossible à cause du texte prohibitif de l'art. 783 : un héritier accepte une succession à laquelle il est appelé pour une faible part, puis on découvre un testament qui lui fait un legs beaucoup plus considérable. Il aurait eu intérêt à renoncer pour s'en tenir à son legs, au lieu de le perdre par l'effet du rapport. Les tribunaux ont toujours refusé de le restituer contre son acceptation et cela par une interprétation très exacte de la loi (Cass., 3 mai 1865, D. 65. 1. 153, S. 65. 1. 311. — Comp. Cass., 19 déc. 1888, D. 90. 1. 341, S. 90. 1. 102). Mais la loi du 24 mars 1898, qui a dispensé du rapport les legs pour lesquels le testateur n'a pas manifesté d'intention contraire, a fait disparaître cet inconvénient d'une autre façon : l'héritier qui a accepté, dans l'ignorance du legs qui lui était fait, a le droit de le prendre en sus de sa part ab intestat, dans les limites de la quotité disponible.

B. — De l'action en rescision et de ses effets.

1988. Durée de l'action. — L'opinion n'est pas encore bien fixée sur ce point. Faut-il appliquer ici l'art. 1304, qui limite à *dix ans* la durée de l'action en rescision? Quelques bons auteurs l'admettent (Demolombe, t. XIV, n° 555 ; Aubry et Rau, t. VI, § 611, p. 385), et il y a évidemment même raison pour l'appliquer aux actes unilatéraux qu'aux contrats. Mais la plupart des auteurs récents inclinent vers une interprétation restrictive ; l'art. 1304 est écrit à propos des contrats et ne vise que « l'action en nullité ou en rescision *d'une convention* », ce qui le rend inapplicable aux actes unilatéraux ; pour ceux-ci le droit commun subsiste et la prescription est de *trente ans* (Laurent, t. IX, n° 362 ; Huc, t. V, n° 176). C'est aussi l'avis de Dalloz (*Répert.*, v° Successions, n° 527 ; *Suppl.*, n° 454). Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. Comp. t. II, n° 1288.

1989. Effets de la rescision ou de l'annulation. — L'acceptation ou la renonciation disparaît, et le successible se retrouve dans la même situation que s'il n'avait pas pris parti : il peut opter à nouveau, dans le sens qu'il voudra, et cela alors même que plus de trente ans seraient déjà écoulés depuis l'ouverture de la succession ; le droit d'option vient de se rouvrir pour lui.

L'héritier acceptant qui se fait restituer doit rendre tout ce qu'il a touché en capitaux et revenus ; de même qu'il a droit au remboursement de tout ce qu'il a payé de ses deniers personnels, soit aux créanciers de la succession, soit aux légataires, soit à ses cohéritiers par l'effet du rapport.

Ses cohéritiers peuvent se trouver en perte à la suite du jugement qui annule son acceptation : ils vont être moins nombreux pour supporter une succession insolvable. Néanmoins, comme on suppose que la même cause de

restitution n'existe pas en leur personne, ils ne peuvent ni se faire restituer eux-mêmes, ni se soustraire aux effets de l'*accroissement*, par suite duquel la part devenue vacante se réunit aux leurs (art. 786).

§ 6. — *De l'action Paulienne en matière de successions.*

1990. Existence de l'action. — L'art. 1167, qui accorde une action aux créanciers contre les actes frauduleux faits par leur débiteur, est général dans ses termes : il s'applique donc à l'option faite par le successible, quand il y a fraude contre les créanciers[1]. Ceux-ci pourront, par exemple, faire annuler l'acceptation d'une succession insolvable[2]. Ce point a toujours été admis.

En outre, l'art. 788 ouvre formellement l'action Paulienne contre les renonciations à succession en cas de fraude. Cet article a été écrit pour consacrer une différence entre le droit romain et le droit français. Les anciens n'accordaient pas l'action contre les actes par lesquels le débiteur avait simplement *négligé d'acquérir* ; or tel était le cas pour le refus de faire adition, parce qu'à cette époque la propriété de la succession n'était pas transmise de plein droit à l'héritier ; elle ne lui passait que par l'effet de l'adition. En droit français, l'héritier est déjà propriétaire avant d'avoir pris parti, sauf l'effet de son droit de répudier. Par suite, quand il renonce à la succession, il se dépouille d'un droit *déjà acquis*, qu'il dépendait de lui de conserver. L'action Paulienne est donc recevable : il a réellement *diminué* son patrimoine. Ainsi, si nous avons en droit français une solution différente de la solution romaine, ce n'est pas la théorie de l'action Paulienne qui a changé, c'est celle des successions.

1991. Controverse. — L'art. 788 a soulevé quelques doutes, pour savoir si les créanciers devront prouver la *fraude* du renonçant, c'est-à-dire l'intention de leur nuire, ou s'il suffira qu'ils prouvent le *préjudice* que leur cause sa renonciation. Le texte parle de « préjudice », tandis que le principe général de l'art. 1167 exige la « fraude ». C'est une question qui se pose pour toutes les renonciations à un droit quelconque. Voyez les art. 622, 1053, 1464 et 2225. On reconnaît aujourd'hui que *la preuve de la fraude est nécessaire*. Voyez t. II, n° 313. Les art. 622 et 788 sont des articles d'attente, qui ont été rédigés avant qu'on n'eût abordé l'art. 1167, car l'art. 1464, rédigé ensuite pour un cas tout semblable à ceux des art. 622 et 788, parle de fraude et non plus de préjudice.

[1] Il y a bien dans l'art. 1167 l'annonce de règles restrictives relatives aux successions, mais tout le monde reconnaît qu'il s'agit des règles spéciales aux *partages* établies par l'art. 882. Nous n'avons donc pas à nous en préoccuper ici.

[2] L'acceptation d'une succession insolvable peut n'être pas frauduleuse, par exemple si c'est un fils qui se propose de payer les dettes de son père par son travail. En ce cas l'action Paulienne ne sera pas donnée.

CHAPITRE II

RÈGLES SPÉCIALES A L'ACCEPTATION PURE ET SIMPLE

§ 1. — *Comment elle se fait.*

***1992. Distinction.** — Aux termes de l'art. 778, l'acceptation d'une succession peut être *expresse* ou *tacite*.

Il faut y joindre, comme variété d'acceptation tacite, l'acceptation *forcée* qui résulte du *recel*.

A. — Acceptation expresse.

****1993. Sa forme.** — Il y a acceptation expresse quand le successible prend le titre d'héritier *dans un acte écrit* (art. 778). Ainsi une acceptation verbale ne suffirait pas : elle serait trop difficile à prouver, et elle peut d'ailleurs n'être qu'une parole prononcée à la légère ; l'écrit suppose plus de réflexion.

Cet écrit peut être un acte quelconque, *authentique* ou *privé* (art. 778). Une *lettre missive* suffirait-elle ? Dans l'opinion qui prévaut on distingue : non, si c'est une *lettre confidentielle* écrite à un ami : oui, si c'est une *lettre d'affaires*, écrite à un créancier ou à quelque autre intéressé. Cette dernière, seule, est un « acte » susceptible de faire preuve d'un fait juridique comme l'acceptation.

Il n'est pas nécessaire que cet écrit ait été dressé spécialement pour constater l'acceptation ; il peut avoir un autre but et il suffit que la volonté d'accepter s'y trouve consignée incidemment quand l'occasion s'en présente. — Mais il faut que la qualité d'héritier y soit prise avec le sens d'*héritier acceptant* et non pas seulement avec celui d'*héritier appelé à succéder*, c'est-à-dire de successible, sens que ce mot a quelquefois (par exemple dans l'art. 724). Dans ce dernier sens il réserverait à celui qui l'a pris toute sa liberté d'opter.

B. — Acceptation tacite.

1° Notion générale.

****1994. Définition.** — Il y a acceptation tacite *quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier* (art. 778). Les Romains admettaient cette forme d'acceptation qu'ils appelaient la « gestio pro herede ».

« Acte » signifie ici acte juridique et non pas écrit. L'art. 778 prend donc successivement ce mot dans ces deux sens. Comp. t. I, n° 264.

1995. Comparaison avec l'ancien droit. — La formule employée par la loi ne contient pas l'énoncé de deux conditions distinctes ; c'est la même idée répétée sous deux formes différentes. Le Code a voulu bien préciser sa pensée parce qu'il y avait eu des incertitudes dans l'ancien droit. Autrefois, on laissait aux juges toute liberté pour décider si le successible avait réellement entendu accepter. Il n'est est plus ainsi : l'héritier ne peut être considéré comme acceptant que si l'acte fait par lui en suppose *nécessairement* l'intention, c'est-à-dire qu'il faut que cet acte soit tel qu'il n'ait pas pu être fait par lui en une autre qualité. Ainsi les actes qui peuvent avoir été faits aussi bien à un autre titre qu'au titre d'héritier, ne valent pas acceptation tacite, alors même que les circonstances montreraient que l'héritier avait réellement l'intention d'accepter. Exemples : il possédait un bien par indivis avec le défunt, et il a continué à en jouir après le décès ; il avait formé avec lui une société et il a terminé les opérations commencées ; dans ces deux cas, sa conduite s'explique aussi bien par la qualité de copropriétaire ou de coassocié, que par la qualité d'héritier. — Jugé en ce sens que l'héritier conserve le droit de renoncer à la succession quoiqu'il ait pris possession d'un bien donné par lui au défunt et qui lui revient par l'effet d'un droit de retour (Cass., 18 août 1869, D. 69. 1. 461, S. 70. 1. 69).

2° Actes entraînant acceptation tacite.

1996. Actes de disposition sur la part héréditaire. — Trois cas peuvent se présenter, tous trois prévus par l'art. 780.

1° Cession de droits successifs. — Si l'héritier cède ses droits successifs à une personne quelconque, à titre gratuit ou à titre onéreux, il est réputé accepter. En effet, s'il les cède à titre onéreux, il les *vend*, et pour les vendre il faut qu'il commence par les acquérir ; il accepte donc implicitement. La cession gratuite ressemble davantage à une renonciation, puisque l'héritier ne reçoit rien. Néanmoins il *donne* sa part, il la *transmet*, et le donataire est son ayant cause ; il doit donc l'avoir acquise d'abord avant de la céder [1].

En d'autres termes, ce qui est cédé n'est pas la *qualité de successible*, avec la faculté d'option qu'elle comporte, car cette qualité est intransmissible : c'est l'*émolument* attaché au titre d'héritier, émolument qui ne peut appartenir au disposant qu'autant qu'il a fait usage de son droit en acceptant.

2° Renonciation gratuite au profit de cohéritiers déterminés. — Ceci n'est une renonciation que de nom, puisque le renonçant désigne lui-même les bénéficiaires de sa part : ceux qu'il choisit la tiennent de lui, et non de la loi, d'après laquelle la part du renonçant aurait profité à tous. Il la leur a donc transmise, et c'est avec raison que l'art. 780 le considère comme acceptant.

Nous tirerons de là une autre conclusion : cette prétendue renonciation,

[1] Dans l'ancien droit, on considérait comme une renonciation la *donation* qui était faite *au profit de tous les cohéritiers indistinctement*, parce qu'elle ne modifiait pas l'effet d'une renonciation véritable. Le Code a changé sur ce point la solution : il décide que le successible accepte quand il fait la donation de sa part, « *soit à tous ses cohéritiers*, soit à quelques-uns d'entre eux » (art. 780).

étant au fond une véritable acceptation, n'est pas soumise à la forme spéciale d'une déclaration au greffe instituée pour les renonciations par l'art. 784 ; elle se fait valablement sous la forme d'une convention (Cass., 15 nov. 1858, D. 58. 1. 433).

3° Renonciation payée au profit de tous. — Cette dernière décision se comprend moins bien que les précédentes. Les cohéritiers peuvent désirer écarter l'un d'eux de la succession ; ils lui donnent une somme pour le décider à renoncer, il renonce dans la forme légale des renonciations, et la loi le déclare acceptant. D'où il suit que c'est lui qui est héritier ; les autres sont cessionnaires de sa part à titre particulier, et ne peuvent ensuite ni la répudier, ni l'accepter bénéficiairement. C'est une innovation du Code [1] : autrefois on admettait que la renonciation pouvait se faire « aliquo dato », et alors le renonçant était véritablement étranger à la succession, et les autres héritiers restaient libres d'accepter ou de répudier ; il y avait simplement un participant de moins.

On voit que le droit moderne est, en cette matière, plus rigoureux que l'ancien.

1997. Actes de disposition sur des biens particuliers. — Quand l'héritier aliène un bien dépendant de la succession, quand il hypothèque un immeuble ou le grève de servitudes, il est encore réputé acceptant, car ce sont des actes de maître qu'il n'aurait aucunement le pouvoir d'accomplir s'il avait renoncé [2].

Il n'est pas nécessaire que ces actes soient valables ; il suffit que leur nature implique l'intention d'accepter : on ne se préoccupe pas du sort de l'acte, mais de la volonté qu'il révèle. Ainsi quand l'héritier vend une chose déposée par un tiers chez le défunt, la croyant comprise dans la succession, il sera néanmoins héritier, malgré la nullité de la vente, parce que l'acte n'a pu être fait par lui qu'après que la résolution d'accepter a été bien prise dans son esprit. Ainsi encore quand un enfant appelé à succéder à la fois à son père et à sa mère, vend un bien paternel qu'il croit dépendre de la succession maternelle, on le considère comme ayant accepté la succession de sa mère et non celle de son père.

En sens inverse, s'il a vendu un bien qu'il croyait lui appartenir pour une

[1] Le Code civil a malencontreusement repris une décision de Domat, qui n'était qu'une erreur d'interprétation de deux lois romaines (Digeste, liv. XXIX, tit. 2, fr. 24, et tit. 4, fr. 2, princ.). Domat a cru que ces textes établissaient une règle générale, alors qu'il s'agissait d'une règle exceptionnelle prise par le Préteur pour un cas particulier (*Loix civiles*, liv. I, tit. 1, section 2, n° 18). La règle était, au contraire, que la renonciation faite à prix d'argent n'était pas traitée comme un acte d'acceptation : « Pro herede non gerere, qui ideo accepit ne heres sit » (Ulpien, fr. 24 précité).

[2] La jurisprudence se montre très rigoureuse sur ce point. Ainsi il a été jugé que le simple fait d'emporter chez lui quelques effets appartenant au défunt privait l'héritier du droit de renoncer (Cass., 8 nov. 1887, S. 90. 1. 503).

cause antérieure, alors qu'en réalité il dépendait de la succession, il ne sera pas réputé avoir accepté, parce que l'acte n'en implique pas l'intention ; mais c'est à lui de prouver son erreur (comp. Cass., 14 janv. 1868, D. 68. 1. 130, S. 68. 1. 179). Cet arrêt a décidé que le successible qui prend possession d'un bien qui lui a été donné par le défunt, agit comme donataire et non comme héritier, malgré l'irrégularité qui peut rendre nul son titre de donataire.

1998. Actes d'administration et de jouissance. — Ces actes constituent eux aussi l'acceptation tacite. Cependant on doit faire exception pour certains actes que la loi permet à l'héritier de faire sans avoir à craindre qu'ils soient interprétés comme valant acceptation : ce sont des *actes conservatoires*, qui ont un caractère d'urgence, et qui représentent une administration purement provisoire ou une simple *surveillance* de la succession, comme le dit l'art. 779. Ces mesures conservatoires peuvent être prises par le successible, en sa qualité de propriétaire conditionnel, et elles le sont dans l'intérêt de tous.

Dans l'impossibilité de tout passer en revue, nous nous bornerons à quelques exemples.

L'héritier a *ordonné les obsèques* du défunt : c'est l'accomplissement d'un acte de piété et d'un devoir de famille ; de plus il est nécessaire d'y procéder rapidement. — L'héritier a *pris les clefs* ; il s'est *saisi des titres et papiers* du défunt : ce peut être une mesure de précaution pour empêcher des détournements par les tiers ou par les domestiques ; il en a de plus besoin pour s'éclairer sur la valeur de la succession et pour délibérer. — L'héritier a pris des *mesures urgentes*, soit sous forme d'*actes juridiques* (inscriptions d'hypothèques, saisies-arrêts, protêts, etc.), pour éviter des prescriptions ou des déchéances ; soit sous la forme d'*actes matériels*, comme des réparations immédiates nécessaires. — Il a *pris de l'argent* dans la succession pour *payer des dettes liquides et pressantes*, comme les frais funéraires et les salaires des domestiques. Aucun de ces actes ne vaut acceptation.

1999. Actes faits avec autorisation de justice. — La loi va même plus loin et permet au successible de vendre certains meubles, susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver (art. 796), *tout en lui réservant sa liberté d'option* ; mais elle veut que le successible se fasse autoriser à cet effet par le tribunal.

En se fondant par analogie sur cet article, on permet au successible de passer des baux suivant l'usage des lieux quand il y a nécessité pour éviter une vacance et en s'y faisant autoriser par la justice. Le même procédé devrait être employé toutes les fois que l'acte qu'il s'agit de faire présente une certaine gravité et pourrait être interprété comme valant acceptation. Faute d'avoir pris cette précaution, l'héritier aurait beau insérer dans l'acte fait par lui toutes ses réserves et protester qu'il n'a pas l'intention d'accepter, ses dires resteraient sans effet : « Protestatio non valet contra actum ».

2000. Demande en partage. — Le fait de demander sa part dans l'hérédité, bien qu'il ne soit pas un acte de disposition, implique l'intention d'accepter. C'est un cas d'acceptation tacite non prévu par les textes (Besançon, 18 mai 1892, D. 92. 2. 516 ; Riom, 6 mars 1903, S. 1904. 2. 310).

C. — Acceptation forcée résultant du recel.

1° Analyse du recel.

2001. Définition. — On appelle « divertissement » ou « recel » l'acte d'un héritier qui cache certains effets de la succession avec l'intention de se les approprier et de frustrer ses cohéritiers de leur part dans les choses diverties ou recélées. — Le mot *divertir* semble convenir spécialement au

cas où l'héritier s'empare d'une chose qu'il trouve chez le défunt à l'insu des autres, et le mot *recel* au cas où il en est déjà nanti et omet d'en révéler l'existence. Mais les deux expressions peuvent sans inconvénient fonctionner l'une pour l'autre. Comp. Le Brun, *Communauté*, liv. III, chap. III, sect. 2, dist. 2, n° 18.

2002. Faits constitutifs du recel. — Dans la pratique, le recel prend les formes les plus variées, et les tribunaux se montrent très larges pour en reconnaître l'existence. La Cour de Cassation admet comme recel « toute fraude commise sciemment, qui a pour but de rompre l'égalité du partage, quels que soient les moyens employés pour y parvenir » (Cass., 23 août 1869, D. 69. 1. 456 ; Cass., 5 févr. 1895, D. 95. 1. 200). On en trouve de nombreux exemples dans les recueils. En voici deux seulement :

1° L'héritier dissimule une donation qu'il a reçue pour se soustraire à l'obligation du rapport (Bordeaux, 20 déc. 1893, S. 95. 2. 157 ; Cass., 16 juill. 1913, D. 1914. 1. 246, P. et S. 1914, 1. 347. Comp. Cass., 11 juill. 1893, D. 93. 1. 561, S. 94. 1. 219), ou il en dissimule l'importance quand il s'agit d'un don manuel (Cass., 22 mai 1901, D. 1901. 1. 351).

2° L'héritier se sert d'un faux testament pour s'approprier une partie de la succession plus considérable que sa part (Cass., 15 avril 1890, D. 90. 1. 437, S. 90. 1. 248 ; Cass., 5 févr. 1895, précité). Sur ce dernier point j'estime que la Cour de cassation ajoute à la loi : l'héritier n'a rien diverti ni recélé : il a exagéré sa prétention, en revendiquant une partie des biens héréditaires qui n'étaient nullement en sa possession : il a commis un acte frauduleux et illicite, et peut-être un faux en écriture, mais non un recel. La définition du recel admise en jurisprudence est trop large. Comp. Bertauld, *Revue Critique*, 1870, t. XXXVII, p. 193 et suiv., et Caen, 6 août 1870, D. 72. 2. 44.

Les faits de recel peuvent porter indifféremment sur des immeubles ou sur des meubles : ils peuvent avoir été commis avant l'ouverture de la succession (Paris, 28 nov. 1898, D. 99. 1. 481, avec une note de M. Bartin ; Cass., 9 mai 1905, D. 1905. 1. 429 ; Cass., 15 nov. 1911, D. 1912. 1. 485).

2003. Caractère délictueux du recel. — Tout fait constitutif de divertissement ou de recel est un *délit civil*, puisqu'il est tout à la fois illicite et commis avec intention de nuire. Il peut en outre constituer un *délit de droit pénal*, soit à titre de *vol*, s'il y a eu soustraction de la chose par le successible, soit à titre *d'abus de confiance*, si l'on peut établir que cette chose lui avait été confiée ou prêtée par le défunt. — Telle est du moins l'opinion générale (Angers, 6 juin 1870, D. 71. 2. 127) ; voyez cependant la thèse de M. André Guillaume, sur le *Recel civil*, Paris, 1904.

Lorsque le recel présente les caractères d'un délit correctionnel, cette circonstance en modifie sensiblement les règles, notamment au point de vue de la *prescription*, qui s'accomplit alors en *trois ans* au lieu de trente, par application des art. 2 et 638 C. inst. crim. Comp. Cass., 17 avril 1867, D. 67. 1. 267, S. 67. 1. 205 ; Amiens, 5 mars 1884, D. 85. 2. 111.

2004. Conditions du délit. — En tout cas, le recel suppose l'intention frauduleuse ; le simple fait d'une possession clandestine ne suffit pas, s'il n'est prouvé que le successible voulait s'approprier exclusivement la chose détenue. Les juges du fait apprécient souverainement l'existence de cette intention. La preuve en peut être fournie par tous moyens, même par simples présomptions (Cass., 10 mai 1892, D. 93. 1, 439, S. 94. 1. 79).

Il n'est pas nécessaire que le coupable ait réussi à nuire à ses cohéritiers : le fait d'une appropriation indue n'a pas besoin d'être consommé. Ainsi il a été jugé que celui qui produit un faux testament commettrait un recel, même quand il n'aurait pas réussi à se faire envoyer en possession (Cass., 15 avril 1890, D. 90. 1. 437, S. 90. 1. 248).

Mais il est reconnu que le délit se trouve effacé si le recéleur restitue spontanément les objets divertis ou recélés par lui, avant d'avoir été poursuivi.

2° Effets du recel.

2005. Double pénalité contre le recel. — Lorsque le fait est prouvé, la loi (art. 792) inflige au coupable une double peine :

1° *Il est réputé avoir accepté la succession purement et simplement.* Ceci est une innovation du Code ; l'ancien droit ne décidait rien de pareil.

2° *Le recéleur est privé de sa part dans les objets qu'il a voulu s'approprier.* Solution traditionnelle. Sur l'origine de cette jurisprudence, voir Planiol, dans *Dalloz*, 94. 1. 145. Adde arrêt de 1308 (cité par Pithou, sous art. 83, Coutume de Troyes, et par Bouchel, v° Communauté).

2006. Qualité d'héritier pur et simple. — Ce n'est pas seulement comme semble le dire la première partie de l'art. 792, une *déchéance de la faculté de renoncer* : il y a aussi *déchéance du bénéfice d'inventaire,* quand le successible avait déjà accepté bénéficiairement.

Cette première sanction du recel n'a lieu qu'autant que le successible avait encore la faculté de se porter héritier pur et simple, ce qui peut arriver dans trois cas : 1° il n'avait pas encore pris parti ; 2° il avait accepté bénéficiairement, et il dépendait de lui de renoncer à son bénéfice ; 3° il avait renoncé, mais personne n'avait encore accepté à sa place et il dépendait de lui de revenir sur sa renonciation par application de l'art. 790. — Mais si on suppose que le recel est commis *après une renonciation définitive,* c'est-à-dire quand le renonçant ne pouvait plus accepter la succession, la loi ne peut plus s'appliquer, et il y a lieu seulement à une demande en restitution des biens et valeurs recélés et peut-être aussi à l'application des peines du vol ou de l'abus de confiance.

2007. Controverse pour les incapables. — La qualité d'héritier pur et simple imposée au recéleur ne fait aucune difficulté pour les successibles majeurs et maîtres de leurs droits, mais il y a controverse pour le cas où le coupable est un incapable, par exemple un *mineur*. Pendant longtemps les auteurs décidaient que cette partie de l'art. 792 était sans application possible au mineur, auquel la loi défend de se porter héritier pur et simple (art. 461). Voyez en ce sens Dalloz, *Répert.*, v° Succession, n°s 642 et 644 ; Demolombe, t. XIV, n°s 333 et 336 ; Aubry et Rau, t. VI, § 613, notes 53 et 54. Mais l'opinion plus récente, dont le point de départ est une observation de Demante (t. III, n° 96 *bis*-V), décide au contraire que l'effet attribué au recel doit être considéré non comme une *acceptation tacite,* mais

comme une *pénalité* attachée à un *délit*. Or les incapables et les mineurs eux-mêmes s'obligent valablement par leurs délits et en supportent toutes les conséquences civiles. La jurisprudence paraît disposée à entrer dans cette voie. Du moins un arrêt a déjà décidé que la *femme mariée*, qui se rend coupable de recélé, même à l'insu de son mari, se trouve héritière pure et simple parce qu'il s'agit d'un délit (Cass., 10 avril 1877, D. 77, 1. 347. S. 77. 1. 248). Même solution pour un mineur (Lyon, 20 déc. 1907, P. et S. 1908. 2. 173).

2008. Perte des objets recélés. — On punit le recéleur par où il a péché : il a voulu garder la chose pour lui seul ; il y perdra même sa part. Cette seconde peine du recel s'applique sans difficulté aux incapables, mais elle n'est possible qu'au cas où le successible se trouve en concours avec d'autres. S'il est seul et qu'il ait agi pour frustrer les créanciers, la disposition de la loi devient sans objet. — Sur les origines de cette peine civile du recel, voyez la note D. 94. 1. 145.

§ 2. — *Effets de l'acceptation.*

***2009. Effet général de l'acceptation.** — L'acceptation ne produit qu'un seul effet qui lui soit propre : elle entraîne *déchéance de la faculté de renoncer ou d'accepter bénéficiairement*. L'héritier a usé de son droit et épuisé son option. Comme conséquence, elle consolide sur la tête de l'héritier la propriété de la succession avec ses avantages et ses charges ; elle rend *définitif* l'effet provisoire de l'ouverture de la succession à son profit.

Analyser la situation de l'héritier acceptant, ses droits et ses obligations, envers ses cohéritiers, envers les légataires, envers les créanciers, c'est étudier tous les effets de la succession et ce sera l'objet de toute une série de chapitres (ci-dessous, n°s 2845 et suiv.).

***2010. Rétroactivité de l'acceptation.** — Aux termes de l'art. 777, l'effet de l'acceptation se produit rétroactivement et *remonte au jour du décès*. Cet effet est très simple à comprendre : les choses se passent comme si l'héritier avait pris parti immédiatement. Dans les cas ordinaires, la rétroactivité ne fait que confirmer une situation qui résultait déjà de la loi et de la transmission de plein droit de l'hérédité ; dans l'hypothèse spéciale de l'art. 790, où l'héritier accepte après avoir d'abord renoncé, la rétroactivité est plus importante à signaler parce qu'elle rétablit une situation qui avait cessé d'exister.

CHAPITRE III

RÈGLES SPÉCIALES A L'ACCEPTATION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

2011. Idée générale. — L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est un parti intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et la renonciation, Elle présente deux avantages principaux : 1° l'héritier n'est tenu des dettes et charges que jusqu'à concurrence de l'actif qu'il recueille ; 2° il ne confond pas ses biens avec ceux du défunt. Mais ces avantages sont contrebalancés par tout un système de précautions destinées à sauvegarder les droits des créanciers et des légataires et à leur assurer pour le moins comme gage toute la valeur de la succession.

1. § — *Origines historiques.*

2012. Création du bénéfice par Justinien. — Le bénéfice d'inventaire est apparu tard. C'est Justinien seulement qui l'a établi par la loi *Scimus* (*Code*, liv. VI, tit. 30, loi 22). Jusque-là on avait été réduit à des expédients qui prouvent la fertilité d'invention des jurisconsultes romains : l'héritier réunissait les créanciers et obtenait d'eux une sorte de concordat qui limitait ses obligations, ou bien il se faisait donner par eux *mandat* d'accepter la succession, ce qui les obligeait à lui restituer tout ce qu'il serait amené à payer à d'autres au delà de l'actif, et les empêchait eux-mêmes de lui réclamer davantage.

2013. Pays de droit écrit. — On y avait conservé intacte la législation de Justinien, et par suite le bénéfice d'inventaire n'était accordé qu'à ceux qui acceptaient immédiatement l'hérédité, sans recourir au *jus deliberandi*. L'un des deux bénéfices excluait l'autre, l'héritier avait seulement le choix : « Electionem ei dedimus », disait la loi *Scimus*.

2014. Pays de coutume. — Le bénéfice fut long à pénétrer. Il ne fut reçu que dans la seconde rédaction de la coutume de Paris, et sous certaines réserves. Comme il venait du droit romain, on obligeait l'héritier à se faire accorder par une concession spéciale du roi, au moyen de *lettres royaux* qui se délivraient dans les chancelleries des Parlements, simple formalité qui n'était guère qu'une mesure fiscale et qui fut abolie par la loi des 7-11 septembre 1790.

De plus, l'héritier bénéficiaire pouvait être *exclu par un parent plus éloigné* qui consentait à se porter héritier pur et simple. Cela fut plus tard restreint à la ligne collatérale (Loysel, n° 320)[1].

[1] Tout ceci montre que le bénéfice d'inventaire était mal vu en pays coutumier, et il est vrai de dire qu'il avait donné lieu à des fraudes nombreuses. Voici comment en parle Bretonnier : « La malice des hommes renverse l'intention de la loi et tire le mal d'où le bien devrait procéder. L'héritier n'est qu'un homme de paille, qui n'a point d'intérêt à la conservation de l'hérédité, qui au contraire pêche en eau trouble et se prévaut du désordre, et les pauvres créanciers, à qui on fait perdre haleine en d'extrêmes longueurs, et qui se voient accablés de frais, trouvent leur ruine où ils devraient rencontrer du soulagement » (sur Henrys, liv. VI, chap. iv, quest. 2). Même de nos jours l'organisation du bénéfice d'inventaire est fort défectueuse.

§ 2. — *Formes et conditions de l'acceptation*[1].

A. — Déclaration au greffe.

* **2015. Ses formes.** — A la différence de l'acceptation pure et simple qui peut être tacite, l'acceptation bénéficiaire est *toujours expresse*, et même elle ne peut se faire que sous une forme déterminée par la loi ; elle suppose *une déclaration au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte* (art. 793). Cette déclaration est inscrite sur un registre spécial, qui sert aussi à recevoir les renonciations à succession. — Le déclarant peut se faire accompagner d'un avoué pour certifier son identité (*Tarif civil*, art. 90, § 18), mais cette formalité n'est pas nécessaire.

2016. Situation de l'héritier mineur ou interdit. — Rien ne peut remplacer pour un majeur la déclaration au greffe ; mais si l'héritier est mineur, on est bien obligé de décider qu'une acceptation pure et simple, faite par son tuteur, vaudra comme acceptation bénéficiaire, malgré l'absence de toute déclaration en forme (art. 461). Cette situation semblerait devoir être définitive. Mais la jurisprudence décide qu'il y a là un *privilège* qui ne dure qu'autant que la minorité elle-même et que l'héritier devenu majeur ne peut plus se prévaloir contre les créanciers de la succession de la qualité de bénéficiaire, s'il n'a pas rempli les formalités prescrites par la loi, tout au moins dans un délai nouveau qu'il peut demander au juge (Cass., 27 mars 1888, D. 88. 1. 345, S. 88. 1. 366).

Le même raisonnement est applicable à l'héritier interdit relevé de l'interdiction ou à ses héritiers.

B. — Inventaire.

* **2017. Sa nécessité.** — Une déclaration au greffe ne suffit pas : il faut en outre que l'héritier fasse dresser inventaire (art. 794). Cet inventaire est nécessaire pour le fonctionnement du bénéfice, qui consiste essentiellement dans la limitation des obligations de l'héritier au montant de l'actif : il est donc indispensable de connaître cet actif d'une manière exacte et sûre.

Quand il n'y a pas de mobilier, on remplace l'inventaire par un *procès-verbal de carence* (art. 924 C. proc. civ.).

2018. Ses formes. — L'inventaire doit être fait « dans les formes réglées par les lois sur la procédure » (art. 794). C'est un *acte notarié* (art.

[1] On ne trouvera pas ici la théorie complète du bénéfice d'inventaire. Il y a avantage à la scinder pour s'occuper d'abord de l'acceptation bénéficiaire en elle-même, de ses *formes* et de ses *conditions*, et à renvoyer tout ce qui concerne ses *effets* au moment où l'on s'occupera de la situation faite à l'héritier acceptant, de ses droits et de ses obligations. Voyez ci-dessous, nos 2102 et suiv.

942 et 943 C. proc. civ.). Un inventaire sous seings privés serait *irrégulier* et insuffisant. En outre l'inventaire doit être *fidèle* et *exact* : il serait infidèle si l'héritier commettait une *omission volontaire,* ce qui vaudrait recel ou divertissement et le constituerait héritier pur et simple (art. 792 et 801) ; il serait inexact s'il y avait une *omission fortuite* : en ce dernier cas, l'omission pourrait être réparée par un supplément d'inventaire ou *récolement*, et le bénéfice n'en serait pas moins acquis.

* **2019. Délai de rédaction.** — Faut-il que l'inventaire soit fait dans les délais de trois mois et quarante jours donnés à l'héritier pour délibérer ? L'art. 794 semble bien l'exiger : « Cette déclaration *n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire... dans les délais ci-après déterminés.* » Mais voyez l'art. 800, qui est formel en sens contraire : « L'héritier conserve néanmoins *après l'expiration des délais...* la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire... »

Cette contradiction s'explique historiquement : dans le projet, l'art. 800 contenait une disposition finale qui a disparu et qui limitait à un an, après l'expiration des délais donnés pour délibérer, la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Après ce délai d'un an, dont le point de départ était variable, l'acceptation ne pouvait plus être faite que purement et simplement. C'est à ce délai spécial que faisait allusion l'art. 794. C'était d'ailleurs une disposition traditionnelle, qui existait déjà dans l'ancien droit, mais on se faisait aisément relever de cette déchéance par des lettres royaux, qui accordaient à la fois le bénéfice d'inventaire et la restitution contre la déchéance encourue. On se mit d'accord pour effacer de délai d'un an qui n'avait pas d'importance pratique ; mais on oublia de modifier l'art. 794 qui y faisait allusion,

2020. Droit des créanciers. — On controversait dans l'ancien droit pour savoir si les créanciers devraient être appelés à la confection de l'inventaire. L'art. 942 C. proc. civ. ne les énumère pas parmi les personnes dont la présence est nécessaire ; d'où il faut conclure qu'il n'y a pas besoin de les y appeler. Mais les art. 820 et 821 C. civ. leur donnent le droit de faire apposer les scellés et de s'opposer à ce qu'ils soient levés hors de leur présence. Or les créanciers opposants doivent assister à la levée des scellés qui se fait au fur et à mesure que l'inventaire se dresse (art. 931 C. proc. civ.). Quant aux non opposants, on peut se passer d'eux.

C. — Apposition des scellés.

2021. Leur inutilité. — Telles sont les deux seules formalités requises pour l'acquisition du bénéfice : la confection d'un inventaire et la déclaration au greffe. Il n'est donc pas nécessaire de faire poser les scellés (arg. art. 800). Si l'héritier juge à propos de le faire, ce ne peut être que pour éviter des détournements, ou pour échapper lui-même à tout soupçon de fraude.

Mais les scellés deviennent obligatoires, d'après le droit commun, quand il y a des héritiers mineurs dépourvus de tuteurs ou des héritiers absents. Ci-dessous, n° 2355.

§ 3. — *Déchéance de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.*

2022. Distinction. — On verra plus loin (nos 2166-2167) que le bénéfice d'inventaire, *une fois acquis,* peut se perdre et que l'héritier, d'héritier bénéficiaire qu'il était, peut se transformer en héritier pur et simple. Il s'agit ici d'une autre déchéance, celle de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, qui se produit à un moment où le bénéfice n'est *pas encore acquis à l'héritier.*

2023. Causes de déchéance. — La faculté d'accepter bénéficiairement se perd :

1° Lorsque le successible *accepte purement et simplement,* d'une manière expresse ou tacite ;

2° Lorsqu'il laisse s'écouler le temps de la *prescription* sans opter[1] ;

3° Lorsqu'il existe contre lui un *jugement passé en force de chose jugée* qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple (art. 800).

***2024. Difficulté spéciale au dernier cas.** — Voilà encore une disposition qui a fait autant discuter, et d'une manière aussi peu utile, que celles des art. 783 et 789. Le débat est maintenant tranché, mais il restera un des épisodes les plus remarquables de notre histoire juridique au XIXe siècle. On se demandait si cette dernière cause de déchéance opère comme les autres d'une façon générale, de telle sorte que l'héritier soit déchu à l'égard de tous du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou si au contraire elle n'avait qu'un *effet relatif* par application des règles sur la chose jugée. L'avis unanime de la doctrine est aujourd'hui qu'il n'y a aucune raison de déroger ici au principe de l'art. 1351 et de faire produire au jugement un effet absolu : l'héritier condamné sur la poursuite d'un créancier conserve donc le droit d'accepter bénéficiairement à l'égard des autres (voyez les citations dans DALLOZ. *Suppl.*, v° Succession, n° 714)[2]. Cette solution a également prévalu dans la jurisprudence (Cass., 19 avril 1865, D. 65. 1. 433,

[1] Signalons toutefois un arrêt déjà ancien de la Cour de Douai qui a admis une acceptation bénéficaire cinquante ans après l'ouverture de la succession (Douai, 30 nov. 1854, D. 55. 2. 265).

[2] Il semble bien que les auteurs de la loi aient entendu mettre sur la même ligne les deux causes de déchéance indiquées dans l'art. 800 et, par suite, donner une portée absolue au jugement. Malheureusement il a été impossible d'expliquer théoriquement d'une façon satisfaisante une aussi grave dérogation aux principes. Les uns ont invoqué l'idée d'*indivisibilité* de la qualité d'héritier, idée fausse, car cette qualité peut exister envers certaines personnes seulement. Les autres prétendaient que les mots « passé en force de chose jugée » signifiaient que le successible condamné, en laissant expirer les délais des voies de recours qui lui étaient ouvertes, avait donné son adhésion au jugement, et par là accepté la succession purement et simplement. Voyez notamment MARCADÉ (sur l'art. 800), relevant une opinion exposée par Muraire au Conseil d'Etat. Comp. MERLIN, *Questions de droit,* v° Héritier, n° 8 ; *Répertoire,* v° Succession, sect. I, § 5, n° 4.

S. 65. 1. 270; Cass., 30 avril 1884, D. 85. 1. 283, S. 86. 1. 173). Elle est conforme à la tradition (POTHIER, *Successions*, chap. III, sect. 5).

Il est assez difficile de concevoir comment un successible peut être condamné en qualité d'héritier pur et simple sans qu'on puisse relever contre lui un acte spécial d'acceptation pure et simple, auquel cas sa qualité résulte de l'option qu'il a faite et non du jugement. Dans l'espèce jugée en 1884, c'était une saisie qui avait été pratiquée à un moment où le successible était sous les drapeaux et ignorait la poursuite dirigée contre lui, bien que régulière en la forme.

Du reste il est unanimement reconnu que la condamnation prononcée contre un héritier, sous cette seule dénomination, se réfère à la qualité qu'il a prise et ne le rend point héritier pur et simple, quand il est héritier bénéficiaire (Alger, 16 déc. 1889, D. 90. 2. 106, S. 92. 2. 13).

CHAPITRE IV

RÈGLES SPÉCIALES A LA RENONCIATION

§ 1. — *Formes.*

****2025. Déclaration au greffe.** — La renonciation ne peut résulter que d'une déclaration faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte ; elle est inscrite sur le même registre que les acceptations bénéficiaires (art. 784).

Le Code dit : « ne peut PLUS être faite... », parce que l'ancien droit permettait de faire la renonciation devant notaires ; quelques auteurs admettaient même des renonciations tacites.

Toutefois la formalité d'une renonciation au greffe ne paraît exigée que pour les successeurs réguliers ayant la saisine (DEMOLOMBE, *Traité des successions*, t. II, n° 260). Ainsi on ne l'exige pas d'un conjoint survivant voulant renoncer au droit d'usufruit qui lui appartient dans la succession ab intestat (Dijon, 15 avril 1907, P. et S. 1908. 2. 129).

2026. Exclusion des renonciations tacites. — La renonciation est un *acte solennel* qui ne peut se faire que dans la forme déterminée par la loi. Elle ne peut donc jamais être tacite. C'est ce qu'indique l'art. 784 en disant que « la renonciation *ne se présume pas* ». Cela ne veut pas dire seulement que la loi n'a pas établi de présomption tendant à considérer l'héritier comme renonçant : en ce sens, il serait également vrai de dire que l'acceptation aussi ne se présume pas, car elle doit toujours être prouvée. Mais l'acceptation peut *s'induire de certains faits qui en supposent l'existence*, c'est-à-dire

démontrer au moyen de présomptions de l'homme, tandis que ce genre de preuve n'est jamais possible pour la renonciation, et tel est le sens de l'art. 784.

§ 2. — *Effets de la renonciation.*

****2027. Idée générale.** — Tous ces effets sont contenus dans la formule générale donnée par l'art. 785 : *Le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier.* Sa vocation héréditaire, sa saisine, quand il l'avait, se trouvent rétroactivement anéanties. C'est comme s'il n'existait pas, comme s'il était décédé avant l'ouverture de la succession. Et cependant il tient sa place, il occupe son degré, car nous savons déjà qu'il ne peut pas être représenté (art. 787).

A. — Effets à l'égard du renonçant.

***2028. Énumération.** — *Le successible qui a renoncé ne peut rien prendre ou retenir des biens de la succession ; mais il doit conserver intact son patrimoine personnel.* Par conséquent l'effet de la *confusion* ou de la *consolidation* qui avait éteint des droits personnels ou réels, existant auparavant à son profit ou à sa charge, se trouve effacé : les créances revivent, les droits réels reparaissent.

Aucun droit réel ne peut grever la succession du chef du renonçant ; par exemple les *hypothèques légales* qui frappent ses biens ne s'étendent pas aux immeubles héréditaires. — Toutefois on maintient les *actes conservatoires ou d'administration provisoire* faits par lui pendant qu'il délibérait (ci-dessus, n° 1998).

Enfin l'héritier qui renonce s'affranchit du *rapport* auquel il aurait été soumis en acceptant.

Il va de soi qu'il ne doit aucun droit de mutation[1].

B. — Effets à l'égard des autres héritiers.

***2029. A qui profite la part du renonçant.** — D'après l'art. 786, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, quand il en a. Cela n'est pas toujours exact, ou tout au moins il faut se garder de croire que tous les cohéritiers en profitent indistinctement. Ainsi, dans le partage par souches, entre enfants d'un ayant droit décédé, la part du renonçant profite seulement à ceux qui descendent de la même souche que lui ; il faut que tous les re-

[1] Les frais funéraires du père peuvent-ils être réclamés à ses enfants renonçants ? Un jugement a considéré cette dette de l'enfant comme purement naturelle (Trib. civ. Seine, 30 janv. 1902, S. 1903. 2. 52) ; deux autres l'ont assimilée à l'obligation alimentaire (Trib. Nancy, 30 janv. 1902 ; Boulogne-sur-Mer, 28 nov. 1902, S. *ibid.*).

présentants d'une même souche renoncent pour que la part du représenté accroisse aux héritiers des autres branches. Ainsi encore, quand il y a partage entre deux lignes, la renonciation d'un héritier ne profite qu'à ceux qui sont parents du même côté : l'autre ligne ne peut en bénéficier qu'autant qu'il était seul à représenter sa ligne. Enfin dans un partage entre les père et mère et les frères ou sœurs, si le père ou la mère renonce, le quart qui lui était attribué retourne aux collatéraux, l'autre ascendant n'en profite pas (art. 751).

Si le renonçant était seul appelé, la succession est dévolue au degré suivant (art. 786).

***2030. Comment est recueillie la part du renonçant.** — Ceux qui recueillent les biens du défunt à la place du renonçant ne sont pas les ayants cause de ce dernier : ils ne les tiennent pas de lui, mais de la loi ; ils succèdent comme ils auraient succédé en cas de prédécès de celui qui a renoncé.

Il en résulte que :

1° La part vacante est acquise non seulement aux cohéritiers qui vivent encore au jour de la renonciation, mais *même à ceux qui sont morts depuis l'ouverture de la succession* : tous sont censés l'avoir recueillie immédiatement, dans la mesure où ils en profitent, par l'*effet rétroactif* de la renonciation. « Portio accrescit portioni, non personæ », ce qui signifie qu'elle va grossir les parts acquises aux successeurs des cohéritiers du renonçant, quand ces cohéritiers sont décédés au jour de la renonciation.

2° *L'accroissement est forcé.* — Ceux qui ont déjà accepté la succession pour leur part ne peuvent répudier le supplément qui leur arrive. C'est l'effet de l'indivisibilité de l'acceptation.

§ 3. — *Rétractation de la renonciation.*

***2031. Faculté de rétractation.** — Tandis que l'acceptation est toujours irrévocable, la renonciation ne l'est pas. La loi permet au renonçant, sous certaines conditions, de revenir sur sa décision. C'est une innovation du Code [1], qui crée une situation bizarre : la succession est offerte à deux personnes qui ont en même temps le droit de l'accepter, l'une à l'exclusion de l'autre.

On l'explique simplement par le désir d'éviter la vacance de la succession ; on n'en doit pas conclure que la saisine soit refusée aux héritiers du degré suivant. Admise d'abord dans l'art. 462 au profit des mineurs, cette faveur a été généralisée par l'art. 790 au profit d'un héritier quelconque.

2032. Conditions. — Pour que le renonçant puisse ainsi reprendre la succession il faut : 1° *que son droit ne soit pas éteint par prescription* ; 2° *que la succession n'ait encore été acceptée par personne à son défaut* (art. 790).

[1] Lebrun croyait que le droit romain permettait à l'héritier renonçant d'accepter encore (*Successions*, liv. III, chap. VIII, sect. 2, nos 61 à 63). Il se trompait en interprétant mal des textes qui concernaient le *suus heres*. Voyez la réfutation donnée par POTHIER (*Successions*, chap. III, section 1, § 3).

La première condition est d'évidence. La seconde s'explique parce que le motif de la loi fait alors défaut : on n'a plus à craindre l'abandon définitif de la succession[1]. En parlant du cas où « d'autres HÉRITIERS ont déjà accepté », la loi prévoit aussi bien l'acceptation d'un successeur irrégulier que celle d'un héritier légitime ; toutefois il faudra que ce successeur ait obtenu régulièrement l'envoi en possession. S'il n'y a de sa part qu'une simple prise de possession de fait, elle ne fait pas obstacle au retour de volonté du renonçant (Bordeaux, 10 nov. 1886, D. 88. 2. 68). Cependant cette expression « héritiers » ne semble pas pouvoir s'appliquer à l'État, au cas où il aurait recueilli la succession comme tombée en déshérence.

2033. Effets. — Quand le successible qui avait renoncé se décide à accepter, son acceptation est *rétroactive* (art. 777). Toutefois l'art. 790 apporte une restriction à cette rétroactivité : l'héritier est *obligé de respecter les droits valablement acquis à des tiers*, soit par prescription, soit en vertu d'actes passés avec le curateur qui a pu être nommé à la succession pendant sa vacance.

La prescription court en effet même contre une succession vacante (art. 2258). Si elle a un curateur, il y a quelqu'un qui peut la représenter et interrompre la prescription ; si elle n'en a pas, les tiers ne peuvent pas souffrir de l'abandon dans lequel les successibles l'ont laissée. Cependant on remarque à ce point de vue une différence entre les art. 462 et 790 : le premier ne réserve pas l'effet de la prescription parce qu'il prévoit uniquement le cas où la succession était échue à un *mineur*, au profit duquel la prescription se trouve suspendue par l'art. 2252. Aucune prescription n'a donc pu courir contre lui.

2034. Critique d'un arrêt. — En réservant au successible la faculté d'accepter sous réserve des droits acquis à des tiers, la loi a limité elle-même l'étendue de cette réserve. Mais la jurisprudence ne s'en est pas tenue à ses termes stricts. Ainsi la Cour de cassation a jugé que le renonçant, qui était héritier réservataire, ne peut plus demander la réduction des libéralités faites par le défunt : donataires et légataires auraient acquis le droit de les conserver intactes par suite de sa renonciation (Cass., 5 juin 1878, D. 78. 1. 344, S. 78. 1. 457). Cette décision est discutable, car la qualité de réservataire est inséparable de la qualité de parent appelé à la succession ab intestat, en vertu de laquelle le renonçant prend l'hérédité. De plus, si on suppose un legs universel, l'art. 790 se trouve supprimé pour les héritiers réservataires, car il ne reste rien pour eux dans la succession.

§ 4. — *Des successions vacantes.*

A. — Ce que c'est que la vacance d'une succession.

***2035. Définition.** — La vacance est l'état d'une succession abandonnée en fait, que personne ne réclame et que personne n'administre, pas même l'État.

[1] Sur un cas particulier où l'héritier acceptant ne représente qu'une des deux lignes, voyez Paris, 30 déc. 1912, D. 1913. 2. 89.

2036. Comparaison avec la déshérence. — La vacance ne doit pas être confondue avec la déshérence. Une succession est en déshérence quand elle est *attribuée à l'État à défaut d'héritiers*, parce qu'il n'en existe pas ou que ceux qui existent ont renoncé. C'est donc un *état de droit*, et qui est *définitif*. La vacance est un *état de fait* et *provisoire*, qui résulte soit de l'éloignement des héritiers appelés, soit de l'incertitude où on se trouve sur leur résidence, soit de la renonciation des héritiers de la première ligne.

2037. Conditions de la vacance. — D'après l'art. 811, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait vacance :

1° *Les délais pour faire inventaire et délibérer doivent être expirés.* Jusque-là les créanciers ne peuvent pas agir contre les héritiers ; tout est suspendu (art. 174 C. proc. civ.). Si des mesures urgentes deviennent nécessaires, les intéressés peuvent les obtenir des héritiers ; s'il s'agit d'une action à exercer, on a déjà vu que l'assignation peut être lancée. Au cas où il n'y aurait pas d'héritiers connus, on adressera la demande au domicile du défunt contre ses héritiers collectivement, sans désigner leurs noms et qualités (arg. art. 447 C. proc. civ. et 2149 C. civ.).

2° *Personne ne se présente pour réclamer la succession.* Un ayant droit quelconque, héritier ab intestat, légataire, donataire de biens à venir, l'État lui-même empêche la vacance quand il exerce son droit : la succession est alors *recueillie*, elle n'est pas *vacante*. Il est bien vrai que l'envoi en possession demandé par le successeur irrégulier ne pourra se faire qu'au bout d'un certain temps ; mais, en attendant, la succession ne sera pas vacante : les créanciers peuvent veiller à leurs droits et intenter leur action contre lui. En sens contraire, Toullier, t. II, n° 282.

3° *Il n'existe point d'héritiers connus* ou, ce qui revient au même, *les héritiers connus ont renoncé.* Généralement on décide que le mot « héritier » se trouve pris ici, dans l'art. 811, avec le sens étroit d'*héritier saisi*. Par suite, l'existence d'un successeur irrégulier n'ayant pas la saisine, tel que le conjoint survivant, ou des légataires à titre universel, ou des donataires de biens à venir, n'empêche pas la vacance, tant qu'ils ne se décident pas à accepter la succession.

2038. Règle suivie en pratique. — On est d'accord en pratique pour admettre que la vacance se produit *dès que les héritiers du premier degré ont renoncé.* On n'attend pas que tous les héritiers jusqu'au douzième degré aient pris successivement le même parti, ce qui pourrait être fort long. L'expérience prouve que dès, qu'il y a quelque espoir de retirer quelque chose de la succession, le premier degré accepte, au moins sous bénéfice d'inventaire. Cette solution n'est peut être pas conforme à la lettre de l'art. 811, mais elle est traditionnelle (arrêts du Parlement de Paris, du 21 janvier 1625, du 28 mars 1702, du 27 avril 1735 — Comp. Pothier, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n° 67), et elle est d'ailleurs une nécessité pratique. Quelques auteurs protestent vainement sans qu'on voie bien dans quel intérêt ils le font (Aubry et Rau, t. VI. § 641, note 3).

2039. Abstention de l'État. — Une circulaire du ministre des finances, du 8 juillet 1806, avait prescrit à l'Administration des domaines de réclamer toujours toutes les successions qui s'ouvriraient sans héritiers, même quand elles seraient insolvables ce qui avait pour effet de rendre les cas de vacance infiniment rares. Mais une nouvelle circulaire, du 13 août 1832, a rendu au Domaine toute liberté à cet égard (Gabriel Demante, *Principe de l'Enregistrement*, n° 677).

2040. Vacance partielle. — Une succession peut se trouver vacante pour partie seulement s'il existe un donataire de biens à venir ou un légataire à titre universel, n'ayant droit qu'à une fraction de la succession ; il y a vacance pour le surplus.

B. — Régime des successions vacantes.

2041. Nomination d'un curateur. — Un curateur est chargé de représenter la succession, pour que le droit des tiers ne se trouve pas compromis. Ce curateur ne peut

être nommé que par le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (art. 812)[1]. En cas de concurrence entre plusieurs curateurs nommés par erreur à la même succession, le premier nommé est préféré sans jugement (art 999 C. proc. civ.). La nomination peut être demandée par toutes les personnes qui ont des droits à faire valoir contre la succession ou par le ministère public[2].

2042. Fonctions du curateur. — Le curateur désigné n'est pas obligé d'accepter, et s'il accepte, il n'a ni serment à prêter ni caution à fournir. Son premier devoir est de faire constater l'actif par un *inventaire* (art. 813 et 814).

Cela fait, sa mission est d'*administrer* et de *liquider* la succession. L'art. 814 lui applique *les mêmes règles qu'à l'héritier bénéficiaire*. Il y a toutefois des différences. Comme l'héritier bénéficiaire, le curateur poursuit les débiteurs et fait rentrer les fonds ; comme lui, il représente la succession en justice il plaide en son nom ; comme lui encore, il ne peut vendre qu'en observant certaines formalités. Mais voici les *différences* :

1° Il n'a pas le droit de conserver les fonds : l'art. 813 l'oblige à verser le numéraire « à la régie royale », c'est à-dire « à la Caisse des dépôts et consignations ». Un paiement reçu par lui ne serait donc libératoire qu'à la condition d'avoir tourné à l'avantage de la succession. Toutefois, dans la pratique, cette disposition ne semble applicable qu'au cas où ils ne se présente pas actuellement de créanciers dont les droits sont certains. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1892 (D. 94. 1. 84, S. 92. 1. 575) suppose que le curateur paie les créanciers à mesure qu'ils se présentent, tant qu'il a des fonds en mains. Il est inutile en effet d'en opérer le dépôt immédiat, pour compliquer tout le règlement du passif. La responsabilité du curateur, qui est comptable, suffit à ouvrir les intérêts des tiers.

2° *Si le curateur vend un bien à l'amiable, la vente est nulle*, comme faite par un mandataire qui a excédé ses pouvoirs. Faite par un héritier bénéficiaire, elle serait valable, mais entraînerait pour lui la déchéance de son bénéfice.

3° Il est évident que le curateur qui n'est pas héritier, ne peut pas garder pour lui le reliquat d'actif net, quand il en reste ; il doit le déposer à la Caisse des consignations, mais il a droit à un *salaire*, même quand le tribunal a oublié de le fixer.

4° Sa qualité de *mandataire salarié* l'oblige d'une manière plus rigoureuse que l'héritier bénéficiaire ; il doit tous ses soins à la liquidation dont il est chargé et il est *responsable de toute faute* (art. 1992) ; un héritier bénéficiaire n'est tenu que de ses fautes graves (art. 804).

2043. Cessation de ses fonctions. — La mission d'un curateur à succession vacante cesse de plein droit dès qu'un ayant droit se présente, et il est alors tenu de rendre ses comptes à ce dernier.

2044. Successions vacantes en Algérie et aux Colonies. — Pour les vacances qui se produisent hors du territoire de la métropole, il y a des règles spéciales (Ord. 26 décembre 1842 ; Décr. 14 mars 1890). Comp. Walh, *Successions*, t. II n° 1950.

[1] A Paris, il existe des curateurs spéciaux, nommés par le tribunal, d'accord avec le Directeur des domaines. Le département de la Seine est divisé en sections, ayant chacune un curateur spécial.

[2] Quand il y a lieu de faire des actes urgents avant que les délais pour délibérer soient expirés, on y pourvoit par la nomination d'un administrateur judiciaire. Sur les *Administrateurs commis par justice*, voyez la thèse de M. Lacoin, Paris, 1898. Voyez aussi Hébert, *Guide pratique des administrateurs judiciaires...*, Paris, 1905.

RELATIONS DE L'HÉRITIER AVEC LES TIERS

CHAPITRE PREMIER

DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ[1]

§ 1. — *Généralités.*

* **2045. Sa nécessité.** — Devenu propriétaire et créancier à la place du défunt dès le jour où la succession s'est ouverte, l'héritier acceptant a droit à tous les fruits et produits provenant des biens héréditaires et il a pu faire sur ces biens tous les actes de maître et d'administrateur. Seuls lui échappent ceux sur lesquels le défunt n'avait qu'un droit viager et ceux qui étaient soumis à un droit de retour, qui les a distraits de son patrimoine au moment de sa mort.

Pour faire valoir ses droits, l'héritier peut exercer les mêmes actions qu'avait le défunt, actions personnelles ou réelles, possessoires ou pétitoires : il peut revendiquer les biens contre les tiers qui les possèdent, poursuivre les débiteurs, etc. Mais *ces actions ne lui suffiraient pas*. En effet ces droits ne sont à lui qu'*à la condition qu'il établisse sa qualité d'héritier :* c'est ce titre qui les lui donne. Or il peut être contesté. Celui qui détient les biens héréditaires prétend parfois que le réclamant n'est pas héritier. Il faut bien alors que l'héritier prouve son titre et la loi lui donne à cet effet une *action spéciale née en sa personne,* fondée sur sa qualité d'héritier, et qui est la pétition d'hérédité.

***2046. Définition.** — La pétition d'hérédité est *l'action réelle donnée à l'héritier contre ceux qui, prétendant avoir droit à la succession, en détiennent en fait la totalité ou une partie.*

Cette action est soumise en principe aux règles du droit commun ; il n'y a lieu d'étudier à son sujet que deux points : 1° La restitution des fruits ;

[1] Sur cette matière importante, le Code ne contient que quelques dispositions spéciales au titre « De l'Absence ». C'est toute une théorie que la doctrine a eu à élaborer.

2° la validité des actes de l'héritier apparent qui font l'objet des paragraphes 2 et 3 ci-dessous.

2047. Comparaison avec la revendication. — Il y aura pétition d'hérédité, si le défendeur se prétend héritier et conteste le titre du réclamant ; il y aura revendication, quand le défendeur prétendra avoir acquis la chose par donation, par achat, par échange, etc., du défunt ou d'un tiers.

Au premier cas, l'héritier triomphera *sous la seule condition d'établir sa qualité d'héritier* : il devra obtenir la remise de tous les objets héréditaires. Au second cas, il devra prouver en outre soit que la chose appartenait au défunt, quand le défendeur l'a acquise d'une autre personne, soit que l'aliénation est nulle, quand le défendeur tient la chose du défunt. *La preuve est donc plus facile dans la pétition d'hérédité que dans la revendication.*

Peu importe le nombre des objets réclamés : la pétition d'hérédité est ouverte contre celui qui ne possède qu'un seul bien héréditaire, et à l'inverse la revendication peut servir à réclamer un nombre considérable d'objets. La différence entre les deux actions vient du *titre du défendeur*, qui est possesseur à titre d'héritier dans un cas, à titre d'acquéreur particulier dans l'autre.

2048. Comparaison avec l'action en partage. — L'action en partage a lieu quand l'un des héritiers demande sa part, et que son titre d'héritier et le montant de sa part ne sont pas contestés par les autres. Il y aurait pétition d'hérédité si les autres héritiers lui contestaient le droit de prendre part au partage ou d'y prendre une part aussi forte que celle qu'il réclame. Une question préjudicielle au partage doit alors être vidée ; le demandeur est-il héritier et pour quelle part ? C'est l'objet de la pétition d'hérédité.

Une grande différence existe entre ces deux actions, au point de vue de la prescription : le droit de demander le partage est imprescriptible ; la pétition d'hérédité se prescrit par 30 ans (art. 2262).

2049. Preuve de la qualité d'héritier. — Un héritier peut avoir à faire la preuve de sa qualité dans deux sortes de circonstances : 1° dans un *procès en pétition d'hérédité*, quand il réclame la succession ou la part qui doit lui en revenir ; 2° en dehors de tout procès, quand il veut faire une *opération amiable* qui suppose cette qualité.

Premier cas. — Le demandeur en pétition d'hérédité doit prouver la parenté qui l'unit au défunt à un degré lui permettant de succéder. Généralement, quand il s'élève une difficulté de ce genre, c'est que la parenté n'est déjà plus très proche ; c'est toute une *généalogie* qu'il s'agit d'établir, avec une certain nombre de naissances et de mariages. A la rigueur, cette preuve devrait être faite au moyen des actes de l'état civil [1]. Néan-

[1] La loi française n'a rien prévu sur ce point (Planiol, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1888, p. 719). Le Code allemand a réglé au contraire avec détail (art. 2353 et 2357) le *certificat d'héritier* (Erbschein) délivré par les tribunaux. Voyez Barre, § 183. — Sur les *certificats de propriété*, créés par la loi du 28 floréal an VII, pour les mutations de rentes sur l'Etat, voyez André Douce, *Du rôle et de la responsabilité du*

moins une tradition déjà ancienne [1] et très solide autorise l'emploi d'autres moyens de preuve ; on se sert de toutes sortes de papiers de famille (Cass., 18 déc. 1838, S. 39. 1. 44 ; Cass., 28 juill. 1885, S. 87. 1. 261 ; Cass., 9 avril 1894, D. 94. 1. 401, S. 94. 1. 288).

Deuxième cas. — En l'absence de tout procès, quand les héritiers veulent vendre les immeubles, les titres nominatifs, etc., il leur faut pour cela prouver qu'ils ont succédé au défunt, qu'ils sont ses vrais héritiers, les plus proches et qu'il n'y en a pas d'autres. Comment feront-ils cette preuve ? Auprès de ceux qui les connaissent personnellement et qui ont connu le défunt, ils n'éprouveront pas de difficulté ; mais s'ils veulent vendre des titres de Bourse ou en faire opérer le transfert à leur nom, la compagnie ou l'agent de change leur demandera une justification en règle ; le Crédit foncier fera de même, s'ils veulen contracter un emprunt sur hypothèque, etc. En pratique on dresse un *acte de notoriété* : des gens qui ont connu les parties viennent certifier devant notaire que la qualité d'héritier du défunt appartient à telle ou telle personne (Cass., 8 mars 1904, D. 1904. 1. 246 ; Bordeaux, 21 nov. 1894, D. 94. 1. 401).

On peut aussi se servir de l'*intitulé d'inventaire*, quand il en a été dressé un. Dans les compagnies de chemins de fer et les sociétés financières, on préfère l'intitulé d'inventaire à l'acte de notoriété, et on ne se contente de ce dernier qu'autant qu'il énonce qu'il n'a pas été fait d'inventaire [2]. Le crédit accordé à l'intitulé d'inventaire tient en grande partie à l'autorité personnelle du notaire, qui généralement connaît les familles et peut apprécier la situation des héritiers présomptifs. Mais ce n'est là qu'une garantie morale, et en réalité l'indication des parents et autres ayants droit, dans ces intitulés, ne *prouve* pas l'exactitude de leurs prétentions. Leur véritable utilité, c'est de donner aux personnes qui y sont dénommées la qualité d'*héritiers apparents*, ayant la possession publique et paisible de l'hérédité, et cela suffit pour garantir les tiers dépositaires de valeurs ou de deniers appartenant au défunt : ils peuvent se libérer sans crainte entre les mains de ces personnes, puisque les paiements faits à l'héritier apparent sont valables.

On voit qu'en somme c'est la *preuve testimoniale* qu'on emploie et que ce mode de preuve, que la loi exclut en *matière de contrats* dès qu'il s'agit de plus de 150 francs, sert pour des fortunes entières en matière de successions.

2050. Compétence. — La compétence en matière de pétition d'hérédité se détermine d'après le lieu de l'ouverture de la succession (Bordeaux, 18 nov. 1889, D. 91. 2. 17, et la note de M. Glasson ; Paris, 25 nov. 1903, D. 1904. 2. 318).

Une loi du 6 décembre 1897, art. 9, permet à l'Administration des domaines de statuer à l'amiable sur les pétitions d'hérédité à l'occasion de successions en déshérence. Voyez à ce sujet l'arrêt de la Cour de Paris, du 25 nov. 1903, précité.

2050 *bis*. Recherches généalogiques. — Les *généalogistes* qui recherchent les parentés ignorées, rendent parfois de réels services. Sur la validité du contrat conclu avec eux, voyez trib. de Nevers, 13 mars 1905, S. 1906. 2. 219; Lyon, 1er mars 1911, P. et S. 1912. 2. 243, et sur l'action de gestion d'affaires qui leur appartient de plein droit,

notaire en matière de transmissions successorales, thèse, Paris, 1907. Voyez aussi Marcel Lévy, *Le certificat d'héritier*, thèse, Paris, 1911.

[1] Pothier admettait que le demandeur dans la pétition d'hérédité pouvait établir sa généalogie par de simples « prémisses » de contrats de mariage ou d'actes de partage (*Propriété*, n° 382). Comp. Lebrun, *Successions*, liv. I, tit. 6, n° 19 ; Basnage, *Coutume de Normandie*, art. 146. La tolérance ainsi admise en pratique résulte d'une distinction très ancienne entre les *questions de généalogie* et les *réclamations d'état*. C'est seulement pour ces dernières qu'on exige des preuves rigoureuses. En outre, quand la généalogie se complique d'une question d'état (recherche de filiation) l'art. 329 s'applique pour faire écarter la réclamation (Cass., 24 févr. 1908, P. et S. 1914. 1. 234).

[2] N'est-ce pas renverser le rôle naturel de ces deux actes ? C'est l'acte de notoriété qui a pour but de dire qui est héritier; l'inventaire a pour but de constater l'état des biens meubles de la succession. Si on y trouve en tête la composition de la famille, c'est parce que la loi veut qu'il soit fait en présence de tous les intéressés; mais cette énumération est seulement la preuve que la condition exigée par la loi a été observée, et ce n'est qu'indirectement qu'on peut s'en servir pour prouver la qualité d'héritier.

voyez Poitiers, 2 déc. 1907, D. 1908. 2. 233, P. et S. 1909. 2. 41 ; Rouen, 15 mai 1909, D. 1910. 2. 167, P. et S. 1909. 2. 207.

§ 2. — *Restitution des fruits.*

2051. Application du droit commun. — On applique en principe les mêmes règles que s'il s'agissait d'une chose particulière réclamée par voie de revendication (art. 138. — Comp. art. 495 et 550). Le possesseur de l'hérédité conserve donc les fruits perçus par lui de bonne foi.

2052. Suppression du Juventien. — Il existait autrefois une différence considérable entre la pétition d'hérédité et la revendication. Dans la revendication, le défendeur de bonne foi restituait seulement les fruits qu'il avait perçus depuis l'exercice de l'action. Dans la pétition d'hérédité, le défendeur restituait même ceux qu'il avait perçus de bonne foi auparavant *quand ils l'avaient enrichi* ; seule, la *consommation* des fruits le dispensait de les restituer. Cette règle spéciale à la pétition d'hérédité venait du S. C. Juventien, rendu sous Adrien (*Dig.*, liv. V, tit III, fr 20, § 6).

Le Code l'a rejetée, car son art. 138 assimile la pétition d'hérédité à l'action en revendication pour la restitution des fruits. On a supprimé par là une foule de difficultés qui naissaient dans la pratique pour savoir si la *valeur* des fruits matériellement conservés par le possesseur n'était pas déjà consommée par lui.

2053. Maintien partiel de l'ancienne règle. — Il ne faut cependant pas s'exagérer la portée de la réforme. L'ancienne règle « Fructus augent hereditatem » avait une portée plus large que la pétition d'hérédité et elle s'applique encore dans les cas suivants :

1° Pour déterminer la consistance de l'hérédité quand les créanciers demandent la séparation des patrimoines ;

2° Pour évaluer les droits de chaque héritier dans l'action en partage ;

3° En faveur du légataire universel ou à titre universel qui demande la délivrance de sa part.

§ 3. — *Ventes faites par l'héritier apparent.*

****2054. Définition.** — On appelle « héritier apparent » la personne qui est en possession d'une succession et qui passe aux yeux de tous pour en être véritablement le maître.

***2055. Position de la question.** — Cette personne administre la succession ; elle dispose des biens héréditaires ; elle les *vend*, par exemple, comme lui appartenant. Puis elle est évincée par le véritable héritier, un parent plus proche qui se présente. Ses rapports avec le réclamant sont réglés par la pétition d'hérédité ; mais il reste à déterminer le sort des actes de toute nature faits par elle pendant sa possession et surtout celui des aliénations qu'elle a consenties : un acheteur, par exemple, gardera-t-il le bien à lui vendu ou sera-t-il évincé par le véritable héritier ? Grave question que la loi aurait dû résoudre avec précision, et qu'elle a omise, au moins d'une façon générale.

2056. Cas où la difficulté ne se présente pas. — La question qui vient d'être indiquée ne se pose qu'au profit de *l'acquéreur de bonne foi d'une chose particulière*. Il n'y a pas lieu d'hésiter pour déclarer nuls les actes faits par l'héritier apparent *avec un tiers de mauvaise foi*, qui connaissait l'existence du véritable héritier : celui-là

savait à quoi il s'exposait. D'autre part, celui qui a acquis toute l'hérédité, *l'acheteur de droits successifs*, ne peut pas échapper à l'action du véritable ayant droit, parce qu'il a pris la place de l'héritier apparent (Cass., 26 août 1833. D. 33. 1. 307, S. 33. 1. 737).

Trois cas doivent être distingués relativement à l'acquéreur particulier et de bonne foi.

2057. Cas de l'héritier absent. — Lorsque le véritable héritier est *en état d'absence*, au sens technique du mot, on a trouvé un texte sur lequel la validité de la vente peut indirectement s'appuyer. C'est l'art. 136 : « La succession est dévolue à ceux avec qui il aurait eu le droit de concourir ou qui l'auraient recueillie à son défaut ». Toutefois la succession ne leur appartient pas définitivement, puisque si l'absent revient il peut la leur réclamer (art. 137) Dans ces conditions, on peut dire que les personnes appelées à recueillir la succession à la place de l'absent sont investies d'un *mandat légal* à l'effet de l'administrer, et c'est en effet l'expression dont se servait M. Demolombe. Ce mandat donné sans réserves leur permet de faire des actes opposables à l'absent de retour, *même des actes de disposition*, pourvu qu'il s'agisse d'aliénations à titre onéreux, car aucun mandat donné en termes généraux ne comporte le pouvoir de faire des libéralités.

2058. Cas de l'héritier restitué contre sa renonciation. — On suppose que l'héritier du premier degré a d'abord renoncé, et qu'il fait ensuite annuler sa renonciation. Il enlève la succession à ceux qui l'avaient acceptée à sa place, et il la reprend *rétroactivement* : il est réputé avoir toujours été héritier, et les aliénations consenties par d'autres dans l'intervalle vont tomber. La question est à peu près la même que pour l'héritier absent, car l'art. 786 s'exprime exactement comme l'art. 136 et dit que la succession abandonnée par le renonçant est « dévolue » à d'autres, d'où l'on peut faire sortir la même idée de mandat légal. En outre il est de tradition, comme le disait Lebrun, que dans les restitutions on doit entretenir tout ce qui s'est fait de bonne foi.

2059. Autres hypothèses. — Restent toutes les autres hypothèses dans lesquelles l'héritier ou le légataire universel ignore l'ouverture de la succession à son profit[1] : il ne bouge pas, et un autre recueille en fait les biens à sa place. Aucun texte n'a statué d'une manière générale. Un seul point, très particulier, a été réglé : les *paiements* faits par les débiteurs entre les mains du *possesseur de la créance* (possesseur de l'hérédité) sont valables et libératoires (art. 1240). La raison en est que c'était un acte nécessaire, dont les débiteurs ne pouvaient se dispenser. D'autre part, l'art. 2279 protège les acquéreurs de *meubles corporels* qui en ont reçu la tradition de bonne foi. Hors de là, on ne trouve rien, et de graves questions se sont présentées en pratique.

****2060. Controverse et jurisprudence.** — C'est pour ce dernier genre d'hypothèses que la jurisprudence a eu à statuer. Deux opinions principales se sont trouvées en présence.

La première annulait tous les actes faits par l'héritier apparent, en se fondant sur le syllogisme suivant : Nul ne peut conférer à autrui un droit qu'il n'a pas ; le succès de la pétition d'hérédité prouve que l'héritier apparent était sans droit ; donc tous les actes qu'il a faits doivent disparaître (art. 1599 et 2182, al. 2). C'est la seule doctrine qui soit *strictement juridique*, c'est-à-dire *conforme aux principes établis par les textes actuels* (Huc, t. I, n° 452).

Mais une nécessité pratique absolue imposait le maintien des actes faits par l'héritier apparent. Voyez ce que rapporte M. Demolombe sur l'unanimité d'opinion de tous les hommes mêlés au mouvement des affaires (t. II,

[1] On peut aussi supposer que la succession est possédée par un légataire universel en vertu d'un testament nul ou révoqué, dont les héritiers et lui-même ignorent la nullité ou la révocation.

n° 249). Il a cherché par tous les moyens à rattacher cette solution à des textes existants, mais vainement. Il n'y en a pas ; il faut déclarer hardiment que la loi doit fléchir devant un principe supérieur d'équité et de justice : la bonne foi des acquéreurs, l'erreur invincible dans laquelle ils sont tombés, doit les protéger contre toute action. C'est sur cette raison que s'est appuyée ouvertement la Cour de cassation dans ses derniers arrêts (Cass., 3 juill. 1877, D. 77. 1. 429, S. 78. 1. 38 ; Cass., 13 mai 1879, D. 79. 1. 417, S. 80. 1. 26). Précédemment elle s'était fondée sur l'idée, aujourd'hui abandonnée, de la saisine collective ; voyez trois arrêts de la Chambre civile, du 16 janv. 1843 (D. 43. 1. 49 et 52, S. 43. 1. 97 et 107) qui reproduisaient encore la doctrine primitive, contenue dans un arrêt du 11 frimaire an IX et relatif à la coutume du Bourbonnais (Cass., 11 frimaire an IX, S. 1. 1. 371, S. chr., t. I). Si l'on veut trouver un fondement juridique à cette jurisprudence, ce ne peut être que l'ancienne maxime : *Error communis facit jus*[1]. Comp. Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 472 ; Huc, t. V, n° 271.

D'ailleurs il est nécessaire que l'héritier apparent possède un titre sérieux et que l'erreur des tiers qui ont traité avec lui soit complètement justifiée (Cass., 26 févr. 1867, D. 67. 1. 75, S. 67. 1. 161 ; Cass., 4 août 1885, D. 86. 1. 310, S. 86. 1. 120). La jurisprudence se réserve le droit d'apprécier les circonstances et de « mesurer en quelque sorte l'erreur ». Elle fera sagement de n'admettre la validité que dans des cas exceptionnels, car il ne faut pas sacrifier systématiquement l'héritier véritable, dont les droits sont certains.

CHAPITRE II

OBLIGATION DE L'HÉRITIER AUX DETTES ET CHARGES

****2061. Textes.** — Comme il acquiert tout l'actif, l'héritier est tenu de tout le passif : le Code lui attribue « les biens, droits et actions du défunt, *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* » (art. 724). Les art. 870 et 873 règlent la façon dont doit se faire le paiement du passif au cas où il y a *plusieurs héritiers*.

2061 *bis*. **Bibliographie.** — J. Percerou, *La liquidation du passif héréditaire*, Paris, 1906 (Extrait de la *Revue trimestrielle*, 1905). — Raffalli, *De la con-*

[1] Dans un double arrêt, rendu sur l'affaire de la Roussinière, la Cour de cassation a consacré une fois de plus sa doctrine définitive : l'erreur commune et invincible avec la bonne foi des tiers, suffit ; il importe peu de savoir dans quelles conditions l'héritier apparent avait appréhendé la succession (Cass., 26 janv. 1897, D. 1900. 1. 53, avec une note de M. Sarrut). Voyez un bon résumé de la question dans la note de M. Charmont, P. 1901. 1. 209, et l'article de M. L. Crémieu, *Revue trimestrielle*, 1910.

tribution aux dettes héréditaires, thèse, Paris, 1907. — *Bulletin de la Société d'études législatives*, question n° 21, année 1911. — R. Bastide, *Etude critique du bénéfice d'inventaire*, thèse, Paris, 1911. — Ed. Chavegrin, *Le bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse*, thèse, Paris, 1911.

§ 1. — *De quelles obligations l'héritier est tenu.*

***2062. Définition des dettes et charges.** — L'art. 724 déclare les héritiers tenus des *charges* ; au premier rang de ces « charges » figurent les *dettes* laissées par le défunt, qui forment la grosse part du passif et qui sont mentionnées spécialement à côté des charges dans les art. 870 et 873.

Les charges, quand on les distingue des dettes proprement dites, comprennent :

1° Les *legs*, qui n'ont jamais été dus par le défunt, mais qui le sont par ses héritiers ;

2° Certaines dettes étrangères au défunt, parce qu'elles prennent naissance après sa mort, mais qui grèvent son héritier en cette qualité, par exemple les frais funéraires et les frais d'inventaire ou de liquidation.

Mais on verra plus loin qu'il y a controverse pour savoir dans quel sens les art. 724, 870 et 873 ont employé le mot « charges ».

2063. Généralité du principe. — Le principe est absolu et s'étend à toutes les dettes du défunt, même à celles qui ont une origine délictuelle, même à celles qui ont le caractère d'une peine. Ainsi l'*amende*, une fois prononcée contre une personne, peut être poursuivie après sa mort contre ses héritiers ; le principe de la personnalité des peines empêche seulement de *prononcer la condamnation* après la mort du coupable.

2064. Obligations éteintes au décès. — Il y a cependant certaines obligations du défunt qui ne passent pas à ses héritiers. Ce sont celles qui dérivent de *contrats à exécution successive*, qui obligent le débiteur à faire certaines choses pendant plus ou moins longtemps. Ces contrats sont dissous par la mort, toutes les fois qu'ils ont été consentis en *considération de la personne*. Tels sont le *louage d'ouvrage* (art. 1795), la *société* (art. 1865), le *mandat* (art. 2003). Ces contrats cessent et les héritiers ne sont pas obligés d'en continuer l'exécution, mais leurs effets *déjà réalisés* en la personne du défunt subsistent, et les héritiers sont tenus des obligations qui en étaient résultées pour lui, par exemple pour exécution incomplète ou pour mauvaise exécution. Il y a donc plutôt *dissolution d'un contrat qu'extinction d'une obligation*.

Au contraire, un contrat du même genre, mais dans lequel la considération de la personne n'est pas dominante, par exemple le *louage d'une maison ou d'une terre*, subsiste à la charge des héritiers, qui sont obligés d'entretenir le bail jusqu'au bout.

2065. Effet des titres exécutoires. — Anciennement ceux qui avaient des titres exécutoires contre le défunt ne pouvaient pas s'en servir contre les héritiers. Cette règle avait été établie, sur les remontrances des Parlements, par une déclaration du 4 mars 1549 On obligeait les créanciers à faire déclarer par jugement leurs titres exécutoires contre les héritiers, à moins que les héritiers ne leur consentissent à l'amiable un titre nouveau (Pothier, *Procédure civile*, n° 443).

Le projet du Code conservait ce système (Fenet, t. II, p. 155, art. 194), mais le Tribunat fit observer que ce procédé ne servait qu'à imposer des frais inutiles aux parties. Son observation parut juste et l'art. 194 du projet fut remplacé par la disposition qui forme actuellement l'art. 867 : le titre exécutoire contre le défunt conserve sa vigueur contre l'héritier ; toutefois, pour que celui-ci ne soit pas pris à l'improviste par l'exécution d'une obligation dont il a pu ignorer l'existence, la loi veut que le créancier qui en est pourvu lui notifie ce titre huit jours au moins avant d'en poursuivre l'exécution. Il n'y a là qu'un léger retard et une petite formalité, qui ne peut pas nuire au créancier et qui protège l'héritier contre un péril possible.

C'est seulement l'exécution que la loi interdit ; par conséquent un *commandement* peut être fait à l'héritier même avant l'expiration de ce délai de huitaine (Agen, 28 oct. 1891, D. 93. 2 540), de même que la *sommation de payer ou de délaisser* par laquelle commence la purge (art. 2169) (Bourges, 1er mars 1893, D. 93. 2. 520) : ces deux actes ne sont pas des actes d'exécution.

2066. Effet des hypothèques générales. — Quand l'obligation du défunt est garantie par une hypothèque générale, comme l'hypothèque judiciaire, son effet s'arrête par la mort : elle ne s'étend pas aux immeubles personnels de l'héritier. « Générale hypothèque de tous biens comprend les présents et à venir, mais non ceux des hoirs » (Loysel, n° 503). Comp. t. II, n° 2749.

2066 *bis*. Des droits de mutation. — Outre les dettes et charges ci-dessus énumérées, l'héritier supporte encore une espèce de charges dont le droit civil n'a pas à s'occuper : c'est le *paiement des droits de mutation*. D'après la loi du 22 frimaire an VII, art. 14-8° et 15-7°, les droits de mutation étaient 1° *proportionnels* aux valeurs recueillies ; 2° perçus *sans déduction des charges* qui viennent grever et diminuer l'actif. La loi du budget de 1901 (L. 29 janvier-25 février 1901) a modifié l'état du droit sur ces deux points. Elle a autorisé la déduction des dettes pour le calcul de l'actif net sur lequel les droits doivent être calculés, tout en prenant de nombreuses précautions pour éviter des fraudes (art. 3 et suiv.). Voyez G. Aulard, *La distraction du passif pour le calcul des droits de mutation*, thèse, Paris, 1903 ; Cass., 29 nov. 1912, D. 1913, 1. 366 En même temps elle a établi un *tarif progressif*, croissant rapidement soit avec le chiffre des valeurs héréditaires, soit avec l'éloignement de la parenté, et ce tarif a été encore aggravé par la loi de finances du 8 avril 1910, art. 10. La première réforme est d'une équité indiscutable ; il y a seulement lieu de s'étonner qu'il ait fallu plus d'un siècle pour le comprendre et la réaliser. Il n'en est pas de même de la seconde : dès le 3e degré (oncle et neveu) le tarif varie de 12 à 23 pour 100 et il est de 18 à 29 pour 100 pour les parents au delà du 4e degré. C'est-à dire que, sauf pour les héritiers les plus proches, l'État s'empare du cinquième, du quart, ou du tiers, des fortunes privées à chaque mutation. N'est-ce pas excessif ? N'est-ce pas encourager par une prime énorme, soit la fraude contre le fisc, soit l'exode des capitaux ? Pourtant cela ne suffisait pas à la Chambre des députés, et dans la séance du 22 février 1901, par 433 voix contre 60, elle adopta un tarif beaucoup plus élevé, proposé par M. Klotz, et qui, pour les grosses successions, allait jusqu'à 60 pour 100 (*Journal officiel*, Chambres, Débats parlementaires, 1901, p. 495 à 497). M. Rouvier protesta vainement, avec quelques autres députés, contre un pareil impôt qu'il appelait avec raison une *confiscation*. Voyez les *Lois annotées*, D. 1901. 4. 33 et suiv., S. 1901. 140 et suiv. Sur ces exagérations fiscales voyez Vallier, *Fondement du droit successoral*, thèse, §§ 819 821 et 718-723, et Ch. Lesœur, *L'augmentation des droits de succession*, dans *Le Correspondant*, du 10 janvier 1909. Sur les fraudes commises par les particuliers, voyez J. Laviron, *Mesures contre la fraude en matière...*

de mutations par décès, thèse, Paris, 1904 ; R. Garnier, *La fraude fiscale en matière de succession*, thèse, Paris, 1911 ; et Depuichault, même sujet, Paris, 1914[1] ; et comme exemples de présomptions servant à établir l'existence de valeurs dissimulées, Cass., 5 mai 1905, D. 1907. 1. 396, S 1906. 1. 55. Voyez aussi les considérations développées par M. le P. G. Baudouin, sous Cass., 26 avril 1909, P. et S. 1911. 1. 473.

2066 *ter*. **Des déclarations de succession.** — Afin de faciliter aux agents du trésor la perception des droits de mutation, l'art. 27 de la loi du 22 frimaire an VII assujettit les héritiers à faire à l'Enregistrement une déclaration contenant l'indication de toutes les valeurs héréditaires. Cette déclaration n'est qu'un simple acte d'administration et n'emporte pas acceptation de la succession. Les mutations par décès doivent être enregistrées au bureau de la situation du domicile du decédé, quelle que soit la situation des biens et valeurs qu'il a laissés (L. 25 février 1911, art. 16). Pour les successions des personnes non domiciliées en France, l'Administration désigne les bureaux compétents. Une loi du 31 mars 1903, art. 6, oblige les héritiers à déclarer les assurances mobilières. Pour les détails pratiques, qui sont nombreux, voyez les grands Répertoires, et notamment Dalloz, *Suppl.*, v° Enregistrement, n° 2239 à 2350 ; Petit, *Manuel des déclarations de succession*, 2e édit., 1911. Le délai est de *six mois* en principe (pour les successions ouvertes en France). Voyez l'art. 24 de la loi de frimaire précitée, et la note de M. Binet, D. 1908. 1. 297. Comp. note, D. 1910. 1. 473.

§ 2. — *Répartition du passif entre les héritiers.*

A. — Le principe.

****2067. Principe régissant la division des dettes.** — Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, il faut déterminer la part pour laquelle chacun d'eux sera tenu du passif[2]. A cet égard on trouve au titre « Des obligations » une disposition de principe très importante, celle de l'art. 1220, aux termes duquel les héritiers sont *tenus du passif pour des parts proportionnelles à leurs parts héréditaires*.

L'art. 870 fait l'application de ce principe, mais en des termes légèrement inexacts : chaque héritier est tenu des charges de la succession « en proportion de ce qu'il y prend ». Or l'héritier peut *prendre* dans la succession, à un autre titre, comme légataire par exemple, des biens considérables à raison desquels il ne doit pas contribuer aux dettes. L'art. 1220 emploie une formule meilleure en disant : « pour les parts dont ils sont tenus *comme représentant le débiteur*. »

***2068. Division immédiate du passif.** — Cette division du passif dans la proportion des parts héréditaires s'opère *immédiatement et de plein*

[1] La loi du 25 février 1901 a remplacé l'ancien droit de *communication* que possédait l'Administration de l'Enregistrement pour rechercher les valeurs mobilières appartenant aux personnes décédées, par un système nouveau : la Société ou l'agent de change, détenteur de ces valeurs, doit prévenir l'Enregistrement de l'existence de ces valeurs dès qu'il a connaissance du décès de leur propriétaire. Le rôle de l'Administration est devenu passif, mais les mesures nécessitées par la répression de la fraude sont inquisitoriales et rigoureuses.

[2] En Suisse, les héritiers sont tenus solidairement des dettes du défunt (C. Suisse, art. 603).

droit. Par le seul fait du décès, le créancier a désormais plusieurs débiteurs à la place de son débiteur unique décédé, son droit est fractionné.

Cette division est-elle définitive? Les héritiers ne peuvent-ils pas en modifier l'effet? C'est un point que nous examinerons en étudiant le partage à propos des art. 832 et 883 (ci-dessous, n°s 2398 et suiv.).

2069. Ancienne solidarité des héritiers. — Du principe de la division immédiate des dettes, il résulte qu'il n'y a de solidarité entre les héritiers à aucun moment. Anciennement il y avait des coutumes qui rendaient les héritiers solidaires, d'une manière plus ou moins complète, envers les créanciers (Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 7 ; Poullain du Parc, *Principes*, t. IV, n° 74). Mais Pothier jugeait que ces coutumes étaient « tout à fait déraisonnables ».

2070. Limitation des effets de la confusion. — Une autre conséquence dérive du même principe ; quand l'un des héritiers était créancier du défunt, sa créance ne s'éteint par confusion que pour la part pour laquelle il succède ; elle subsiste pour le surplus et les autres héritiers en sont débiteurs.

***2071. Personnes entre lesquelles s'opère la division.** — Conformément au principe déjà connu (t. I, n°s 303 et 2558), les *successeurs universels* d'une personne sont seuls tenus de ses obligations. Mais ces successeurs peuvent être de plusieurs sortes. Il y a d'abord :

1° Les *héritiers ab intestat,* les seuls qui nous occupent ici, et qui sont les principaux ;

2° Les *légataires universels ou à titre universel*, qui sont « *loco heredum* » et dont nous traiterons plus loin (ci-dessous, n°s 2750 et suiv., et n°s 2780 et suiv.) ;

3° Les *donataires de biens à venir*, succédant soit en vertu d'une *institution contractuelle* (ci-dessous, n°s 3157 et suiv.), soit en vertu d'une *donation entre époux* (ci-dessous, n°s 3208 et suiv.)

A leur tour les successeurs ab intestat se subdivisent en *héritiers légitimes, successeurs irréguliers* et *héritiers anomaux.*

Il faut tenir compte de toutes ces catégories de personnes qui peuvent se trouver réunies dans une même succession, au moins former des groupements variés. — Ce que nous dirons des héritiers ab intestat s'applique en principe à tous les autres ; les règles particulières à chaque catégorie sont expliquées dans la partie du *Traité* qui la concerne.

Observons en passant que l'héritier anomal qui ne succède ordinairement qu'à un seul bien, celui qu'il a donné, ressemble beaucoup à un successeur particulier ; il est néanmoins tenu des dettes, son titre d'héritier le range dans la classe des successeurs universels. C'est le dernier représentant du système successoral ancien qui distribuait les biens entre les héritiers d'après leur provenance.

2072. Difficulté pour déterminer les parts héréditaires. — Puisque le partage du passif se fait entre les cohéritiers dans la même proportion que le partage de l'actif, il est important de déterminer la part

héréditaire de chacun pour savoir dans quelle mesure le créancier pourra poursuivre. Le plus souvent on n'éprouvera aucune difficulté. Les biens du défunt ne forment qu'une seule masse et chaque héritier en prend une *quote-part*, exprimée par *une fraction numérique* facile à déterminer, comme le quart, le seizième, etc.

Mais il y a deux cas où un calcul aussi simple ne suffit pas pour déterminer la part contributoire de l'héritier, savoir : 1° le cas où il y a un *successeur anomal* ; 2° le cas où il y a un *légataire à titre universel des meubles ou des immeubles*. Dans ces deux cas la division de la succession ne se fait plus selon des fractions exprimées par des chiffres : il y a une division qui s'opère soit pour un bien déterminé, soit par catégories de biens. Il devient donc nécessaire d'*estimer la valeur relative des biens* qui reviennent à chaque successeur universel du défunt pour connaître la part qu'il doit supporter dans le passif. C'est alors seulement que leurs parts respectives pourront être exprimées par des chiffres.

2073. Division provisoire par parts viriles. — Une opinion reçue à la fin du XVIIIe siècle et qui était l'*opinion commune*, à ce que nous affirme Pothier (*Successions*, chap. v, art. 3, § 1), avait trouvé la solution de cette difficulté : en attendant que les portions exactes à la charge des divers héritiers eussent été *ventilées* par l'estimation des biens de la succession, les créanciers pouvaient poursuivre chacun d'eux *pour une part virile*[1], sauf aux héritiers à se faire ensuite raison entre eux du plus ou du moins[2]. C'était une grande simplification, et elle était si utile et si connue que les auteurs du Code en ont reproduit le principe dans l'art. 873 : « Les héritiers sont tenus .. personnellement pour leur part et portion virile... » On prétend bien que cette disposition est un simple « lapsus » du législateur qui a confondu ici « part virile » et « part héréditaire », et pris un mot pour l'autre ; mais pour soutenir cela, il faut ignorer l'histoire et n'avoir lu ni Pothier ni Lebrun.

L'art. 873 n'est donc que le maintien d'une solution ancienne, parfaitement connue et très sensée. Toutefois les transformations accomplies sur d'autres points du régime successoral lui ont enlevé une grande partie de son utilité. Jadis elle était d'une application constante, à cause de la division des biens en propres et acquêts et de la subdivision des propres en propres paternels et propres maternels. De nos jours, elle ne peut plus rendre de services que dans les hypothèses relativement rares, prévues au n° précédent. Comp. DEMOLOMBE, t. XVII, n°s 43 et 44.

2074. Effet des legs particuliers. — Il résulte du principe rappelé au n° 2071 ci-dessus que les *legs particuliers* faits à des successibles ou à des tiers n'entrent pas en ligne de compte pour la répartition du passif. Ceci va se comprendre par un double exemple.

LEGS FAITS A DES TIERS. — Le défunt à légué tous ses meubles à titre universel ; il a

[1] La part virile est celle qui est comptée en divisant le total par le nombre des ayants droit ; la part héréditaire est celle pour laquelle l'héritier est appelé à succéder. Les parts héréditaires offrent souvent entre elles les plus grandes inégalités, qui ont principalement pour causes le partage par souches et la division entre les deux lignes, chaque souche ou chaque ligne pouvant être représentée par des héritiers en nombre variable.

[2] La situation faite aux créanciers est si clairement expliquée par Pothier, qu'il est impossible de s'y méprendre. Elle semble d'ailleurs n'être qu'une atténuation d'une opinion antérieure qui aurait ouvert indéfiniment aux créanciers le droit de poursuite par parts viriles, sans jamais tenir compte du chiffre de l'émolument réel de l'héritier. Voyez en ce sens LEBRUN, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. 1, n° 5.

fait en outre différents legs particuliers portant sur des immeubles. L'héritier du sang ne succède donc qu'aux immeubles, et il est possible qu'il lui en reste fort peu, déduction faite de ceux qui ont été légués à d'autres : il contribuera néanmoins au passif *en proportion de la valeur totale des immeubles*, y compris ceux qu'il ne recueille pas. Il est en effet impossible de surcharger le légataire à titre universel du mobilier, ou de faire supporter une partie du passif aux légataires particuliers (Cass., 30 avril 1884, D. 85. 1. 373, S. 84. 1. 281).

Legs faits a un successible. — L'héritier qui bénéficie d'un legs recueille les biens du défunt à un double titre, en partie comme successeur ab intestat, en partie comme légataire particulier. Le premier seul l'oblige aux dettes. Ainsi quand il y a deux frères du défunt appelés à succéder par moitié et que le tiers de la succession est légué à l'un d'eux à titre particulier, par exemple sous la forme d'une somme d'argent ou d'un immeuble, le frère avantagé prendra les deux tiers de l'actif et ne supportera que la moitié du passif.

Toutefois les conséquences de cette règle se trouvent modifiées lorsque les principes de la réserve (exposés ci-dessous, nos 3093 et suiv.) entrent en jeu. Supposons que la succession soit dévolue à des héritiers réservataires, par exemple aux enfants du *de cujus*. S'il y a deux fils, un actif de 30 000 francs et un passif de 9 000, l'actif net est de 21 000 francs, sur lequel se calcule la quotité disponible, qui est d'un tiers, soit 7 000 francs. Le fils auquel ce tiers a été légué, le prélèvera, et partagera ensuite le reste (23 000 francs) avec son frère : chacun deux en prendra la moitié (11 500 francs) et paiera la moitié du passif (4 500 francs). Il restera ainsi 7 000 francs net à l'un des fils et 14 000 à l'autre, ce qui équivaut à faire supporter au fils avantagé les *deux tiers* (et non plus la *moitié*) du passif. Ceci tient à ce que la quotité disponible, en présence d'héritiers réservataires, se calcule sur l'actif net.

B. — Dérogations conventionnelles.

* **2075. Dérogations voulues par le défunt.** — La loi a prévu le cas où le défunt aurait voulu faire acquitter la totalité d'une dette par l'un de ses héritiers. Elle dit, dans l'art. 1221, que l'héritier, seul chargé par le titre de l'exécution de l'obligation, a son recours contre ses cohéritiers pour leur part (art. 1221-4o et al. final). Cette disposition est impérative. Le défunt ne pourrait pas priver l'héritier de son recours, par une clause de la convention faite de son vivant avec un tiers, parce que les pactes sur succession future sont nuls. Il ne pourrait le faire que par testament et seulement dans les limites de la quotité disponible.

Une autre conséquence que la loi n'indique pas, c'est qu'en chargeant l'un de ses héritiers d'exécuter seul la convention, il a bien pu donner à son créancier une action pour le tout contre celui-là, mais il n'a pas pu le priver de l'action que le droit commun lui ouvre contre les autres pour leur part héréditaire.

Réduite à ces limites, la clause prévue par la loi n'a point d'intérêt pratique : une clause d'indivisibilité serait bien plus simple et plus avantageuse pour le créancier ; aussi n'en voit-on jamais d'exemple. Comp. H. de Brandts, *A propos d'une erreur de copie dans l'art.* 1221. Extrait de la *Flandre judiciaire*, Gand, 1902, p. 54.

2076. Observation. — Les règles ci-dessus indiquées ne concernent que les *dettes* : un *legs* peut être mis à la charge d'un seul héritier. Ici la volonté du défunt est souveraine dans les limites de la quotité disponible.

***2277. Dérogations convenues entre héritiers.** — Lors du partage les héritiers conviennent souvent que l'un deux paiera seul toutes les

dettes ou certaines dettes. Ces conventions sont obligatoires pour eux et elles ne nuisent pas aux créanciers : ceux-ci, qu'on suppose n'y avoir pas participé, conservent leur action partielle contre les héritiers non chargés par le partage du paiement des dettes, sauf recours ouvert à ceux-ci contre les autres. Mais, si la convention ne nuit pas aux créanciers par application de l'art. 1165, elle leur profite et les autorise à poursuivre pour le total l'héritier chargé de les payer : ils agissent contre lui du chef des autres, en vertu de l'art. 1166.

C. — Exceptions dérivant de la loi.

1° Cas à admettre.

***2078. Dettes indivisibles.** — L'indivisibilité naturelle ou conventionnelle d'une obligation s'oppose à sa division entre les héritiers du débiteur. Alors il y a vraiment exception au principe de l'art. 1220.

Rappelons que la solidarité n'a pas le même effet et que les héritiers d'un codébiteur solidaire ne le représentent que chacun pour sa part[1] ; la dette se fractionne donc entre eux (t. II, n° 743).

***2079. Dettes hypothécaires.** — Un créancier hypothécaire a deux actions très différentes : 1° son action *personnelle*, qui appartient à tout créancier ; 2° l'action *hypothécaire*, qui est une action *réelle*. Cette dernière est indivisible (t. II, n° 2653).

Il suit de là que les créanciers hypothécaires peuvent poursuivre chaque héritier *pour sa part seulement* au moyen de leur action personnelle, mais qu'ils peuvent poursuivre *pour le tout* au moyen de leur action hypothécaire celui ou ceux d'entre eux qui ont dans leur lot un immeuble hypothéqué à leur créance. Cet effet de la double action du créancier hypothécaire est très nettement formulé dans l'art. 1221 et surtout dans l'art. 873, dont il faut rapprocher les art. 1009 et 1012 relatifs aux légataires universels et à titre universel : dans ces trois derniers textes il est dit que les successeurs du défunt sont tenus de ses dettes « personnellement pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout ». Comp. *Coutume de Paris*, art. 333, en note dans les Codes Tripier, sous l'art. 873.

Tous ces textes supposent une *hypothèque préexistante à l'ouverture du décès* ; ils parlent de quelqu'un qui était déjà créancier hypothécaire du vivant

[1] Beaucoup de notaires insèrent dans leurs actes une clause par laquelle le débiteur oblige tous ses héritiers à l'exécution solidaire de l'obligation. Cette clause doit certainement recevoir effet, n'étant pas contraire à l'ordre public. Mais est ce vraiment la solidarité qui se trouve ainsi établie entre les héritiers ? La chose est au moins douteuse. En général, on y voit une stipulation d'indivisibilité, qui constitue une variante à la clause prévue par l'art. 1221-4°, en ce que ce n'est plus un seul des héritiers qui est chargé par le titre de l'exécution de l'obligation, mais l'un quelconque d'entre eux, au choix du créancier. Comp. Dalloz, *Suppl.*, v° Obligations, n° 622.

du défunt, et n'ont pas pour but d'accorder une hypothèque aux créanciers de la succession qui n'en ont pas. L'observation est importante, parce qu'on verra dans l'art. 1017 une formule toute semblable qui a pour résultat de créer une hypothèque légale au profit des légataires (ci-dessous, n° 2793).

2° Ancien cas à rejeter.

2080. Concours d'héritiers ab intestat avec des successeurs testamentaires. — Des héritiers légitimes sont en concours avec un légataire universel ou à titre universel ; ils ont la saisine ; le légataire ne l'a pas. On se demande si les créanciers n'ont pas le droit de poursuivre pour le tout les héritiers légitimes, sans se préoccuper de l'existence d'un légataire universel, sauf aux héritiers à recourir contre celui-ci.

La même question se posait naguère encore pour les enfants naturels en concours avec des héritiers légitimes. Elle a disparu pour eux depuis que la loi du 25 mars 1896 leur a donné la saisine et les a assimilés aux héritiers légitimes.

2081. Opinion de la doctrine. — Presque tous les auteurs pensent que les créanciers ne sont pas obligés de diviser leur action entre les héritiers du sang et les légataires. Ils peuvent poursuivre les premiers comme s'ils étaient seuls ; toutefois, après que la délivrance du legs a été consentie, les créanciers acquièrent en outre contre les légataires une action personnelle pour leur part contributoire dans le passif, mais tout en conservant leur action pour le tout comme auparavant contre les héritiers (Aubry et Rau, t. VI, § 636, texte et notes 8 et 9 ; Laurent, t. XI, n°s 65 et 66 ; Huc, t. V, n° 397).

Seul M. Demolombe fait une concession : il estime que les règles ordinaires doivent s'apliquer à partir du jour où les légataires ont été mis en possession de leur legs, parce qu'il jouissent alors des mêmes avantages que la saisine légale procure aux héritiers du sang (t. XVII, n° 38).

2082. Ancien état du droit. — Cette opinion doctrinale n'est qu'une survivance injustifiée d'une solution antérieure. Jusque dans son dernier état l'ancien droit a hésité à considérer les légataires comme véritablement et personnellement tenus envers les créanciers. Pothier enseignait encore qu'ils n'étaient pas « débiteurs personnels » du passif du défunt (*Successions*, chap. v, art. 3, § 1), et d'après Lebrun l'obligation dont ils étaient tenus n'était qu'une obligation imparfaite (*Successions*, liv. IV, chap. II, sect. 1, n° 3). Rien d'étonnant dès lors à ce qu'on considérât les héritiers comme tenus envers les créanciers, même après la délivrance des legs, de la même manière que s'ils n'avaient pas à partager la succession avec des légataires à titre universel, et c'est ce qu'explique très clairement Pothier [1].

[1] « Je dis *pour la part dont il est héritier* et non pour la part qu'il aura dans

2083. Abandon de l'ancien système. — Il y a cependant un motif décisif pour abandonner sur ce point la solution traditionnelle, et il est étonnant que presque personne ne se soit laissé toucher par lui. Le Code parle un langage tout différent de celui de Pothier ; il déclare les légataires débiteurs *personnels* du passif (art. 1009 et 1012). Son esprit en matière de legs universels est sensiblement plus large que celui des coutumes : il est tout près de voir dans les légataires de véritables héritiers institués par le testateur. Nous n'avons plus aucune raison de distinguer entre les divers successeurs universels du défunt pour leur appliquer des règles diverses en matière de passif, selon qu'ils viennent en vertu de la loi ou en vertu du testament.

2084. Jurisprudence. — Tandis que la doctrine s'attardait à contretemps à maintenir une solution qui se trouve en désaccord avec les principes modernes, la jurisprudence se montrait novatrice. Elle place sur la même ligne tous ceux qui ont succédé au défunt, sans rechercher s'ils viennent par sa volonté ou en vertu de la loi, et sans distinguer s'ils ont ou non la saisine, ni s'ils ont déjà obtenu ou non la délivrance de leur part (Cass., 13 août 1851, D. 51. 1. 281. S. 51. 1. 657; Angers, 1er mai 1867, D. 67. 2. 85, S. 67. 2. 305; Bordeaux, 12 juill. 1867, D. 68. 2. 167, S. 67, 5. 340). La division des dettes s'opère donc pour tous pareillement et de plein droit à l'ouverture de la succession.

§ 3. — *Étendue de l'obligation des héritiers.*

***2085. Question.** — Quand la part d'un successeur dans le passif est connue, ou quand il est seul à succéder, une autre question se pose encore : *au cas où l'actif héréditaire ne suffit pas à payer les créanciers, l'héritier est-il obligé de supporter les dettes sur sa fortune personnelle* ? C'est la question de savoir si l'obligation aux dettes existe *ultra* ou seulement *intra vires successionis.*

***2086. Renvoi partiel.** — La question se pose dans des termes différents pour l'*obligation aux dettes* et pour l'*obligation aux legs*. Nous ne nous occupons ici que des dettes. La question relative aux legs sera examinée à propos des droits des légataires et de l'art. 1017 (ci-dessous, n° 2761). Quant aux dettes, la question doit être examinée séparément *pour chaque catégorie de successeurs.*

le partage des biens, car si une personne a laissé deux héritiers et a fait un étranger légataire d'un tiers de ses biens, ses deux héritiers seront tenus des dettes de la succession pour moitié, sauf leur recours contre le légataire universel qui en doit porter un tiers... La délivrance qu'ils font au légataire du tiers des biens oblige bien ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes..., mais ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession » (*Successions*, chap. v, art. 3, § 2).

A. — Héritiers légitimes.

****2087. Étendue indéfinie de leur obligation.** — Pour ceux-ci, il n'y a point de doute : il est incontestable qu'ils sont tenus des dettes indéfiniment, même *ultra vires successionis*. C'est la suite nécessaire de leur qualité de successeurs à la personne, et c'est la décision constamment suivie depuis l'antiquité. L'héritier devient débiteur personnel à la place du défunt et il est tenu comme l'était celui-ci, sur tous ses biens présents et à venir [1].

Ce principe se trouve maintenu par l'art. 724 et par l'art. 873. Il a pour tempérament l'institution du bénéfice d'inventaire, qui permet à l'héritier de limiter ses obligations.

***2088. Successeurs compris dans cette catégorie.** — Rappelons que depuis la loi du 25 mars 1896 les *parents légitimes* ne sont pas seuls dans cette classe ; on leur a adjoint les *enfants naturels* et même les *père et mère naturels,* qui ont comme eux la saisine et la qualité d'héritiers légitimes, quoique les rédacteurs de cette loi aient forgé pour eux la qualification inutile d' « héritiers naturels ».

B. — Successeurs irréguliers.

2089. Situation exceptionnelle de l'État. — Avant d'étudier la question pour les successeurs irréguliers ordinaires, il faut mettre à part l'État recueillant les successions en déshérence. Ce n'est pas un successeur comme les autres, et, s'il recueille les biens sans maître en vertu de son droit de souveraineté, tout le monde admet sans difficulté qu'il ne peut être obligé d'acquitter les dettes des particuliers au delà des forces de leur succession, ce qui reviendrait à faire supporter aux contribuables, au moyen de l'impôt, toutes les dettes de leurs contemporains.

***2090. Controverse doctrinale pour les successeurs autres que l'État.** — Quant aux autres successeurs, la question est entière et elle est neuve, en ce sens qu'elle se pose seulement depuis le Code civil, puisque dans l'ancien droit les bâtards ne succédaient pas et que le conjoint était un vrai héritier (ci-dessus, n° 1864). Elle a d'ailleurs beaucoup perdu de son intérêt depuis 1896 par la transformation du titre successoral des enfants naturels et ne se pose plus que pour le conjoint et les successeurs de l'art. 766.

L'opinion la plus répandue dans la doctrine ne voit dans les successeurs irréguliers que de *simples successeurs aux biens,* et non des *représentants*

[1] L'obligation indéfinie aux dettes, fondée sur l'idée de continuation de la personne, est cependant combattue comme « ayant fait son temps » (Olivier Jallu, *Etude critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à titre universel,* thèse, Paris, 1902).

de la personne. En conséquence, on ne les déclare tenus des dettes que jusqu'à concurrence seulement de l'actif qu'ils recueillent, et en vertu de la maxime : « Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno. » Sous la seule condition d'avoir fait inventaire pour établir la consistance du mobilier, ils sont donc à l'abri d'une poursuite illimitée de la part des créanciers. En l'absence d'inventaire, on présume qu'ils ont trouvé dans la succession de quoi payer les dettes (Aubry et Rau, t. VI, § 639, note 23).

2091. Réfutation. — Toute répandue qu'elle est, cette conception ne semble pas conforme à l'esprit du droit français moderne. On commet une sorte de contresens historique en transposant, pour l'appliquer à des successeurs qui remplacent véritablement le défunt, une règle qui était faite pour les successeurs irréguliers de l'ancien droit, savoir le roi et les seigneurs succédant par droit d'aubaine ou de déshérence. De même que les héritiers légitimes, nos successeurs irréguliers actuels sont des successeurs universels, qui recueillent tout le patrimoine ; ils sont héritiers au sens large du mot.

Outre cet argument de logique, en voici un autre tiré des textes. On doit admettre que les art. 870 et suiv., qui règlent le paiement des dettes, s'appliquent aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux héritiers légitimes ; sinon, la loi n'aurait prévu nulle part la charge du passif imposée à cette catégorie de successeurs. Or ces articles n'établissent qu'un seul régime, applicable aux uns comme aux autres, et ce régime est celui de l'*obligation personnelle*, existant « in infinitum » à la charge de l'heritier, conformément à l'art. 2092. Comp. Demolombe, t. XIII, n° 160.

***2092. Système suivi en pratique.** — Malgré l'autorité qui s'attache aux grands noms de la doctrine, leur opinion n'a trouvé aucun écho dans la pratique. On admet sans discussion que les successeurs irréguliers sont tenus du passif de la même façon que les héritiers légitimes, s'ils n'ont pas pris la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire (Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 917). Il n'y a pas de jurisprudence sur la question ; mais l'arrêt Toussaint, du 13 août 1851, relatif aux légataires à titre universel, est considéré comme tranchant à fortiori la question pour les successeurs ab intestat. Sur cet arrêt voyez ci-dessous, n° 2766. Notons aussi qu'en Roumanie les successeurs irréguliers sont considérés comme tenus *ultra vires* (Alexandresco, pp. 199-200).

§ 4. — *Règlement définitif du passif.*

A. — Distinction du droit de poursuite et de la contribution aux dettes.

****2093. Causes de cette distinction.** — Régulièrement, chaque

successeur du défunt ne devrait être obligé de payer à ses créanciers que la part pour laquelle il est réellement tenu du passif. Cependant on a vu que dans certains cas, soit en vertu d'une convention spéciale d'indivisibilité, soit par l'effet d'une hypothèque, un héritier peut être obligé de payer à un créancier *une somme supérieure à sa part contributoire*. Ce fait lui ouvre un recours contre les autres pour tout l'excédent, de façon à ne lui faire supporter en définitive que sa part.

On arrive par là à distinguer deux choses pour le passif des successions :

1° le *droit de poursuite* des créanciers, c'est-à-dire la part pour laquelle chaque successeur du défunt peut être poursuivi par eux, et qu'on appelle aussi quelquefois l'*obligation aux dettes* ;

2° la *contribution aux dettes*, qui est le règlement définitif du passif entre les cohéritiers. Le droit de poursuite se règle habituellement, mais non toujours, sur l'étendue de la contribution ; il lui est parfois supérieur, mais jamais inférieur.

B. — Recours du successeur qui a payé au delà de sa part.

***2094. Actions ouvertes au successeur.** — Deux actions naissent à son profit ; l'une, qu'il a de son chef, est une *action en garantie* ; l'autre qui lui vient du créancier payé par lui, lui arrive par *subrogation* [1].

2095. Action en garantie. — Cette action lui appartient parce qu'il a été *troublé*, ayant été obligé de faire un sacrifice au delà de sa part dans le passif pour conserver sa part d'actif. L'action en garantie donne lieu au *privilège du copartageant* (art. 2103-3°), qui porte sur les immeubles des autres lots. Elle se divise entre tous les héritiers, proportionnellement à leurs parts.

***2096. Subrogation légale.** — Le cohéritier qui paie au delà de sa part bénéficie de la disposition générale de l'art. 1251-3° ; il a payé étant « tenu *avec d'autres* [2] ». Il acquiert donc, comme subrogé à ce créancier, tous les droits et actions qui lui appartenaient, y compris ses privilèges et hypothèques qui peuvent être meilleurs que les siens propres.

Toutefois il ne se trouve pas exactement dans la même position que le créancier pour l'exercice de ces actions. Le tiers créancier aurait pu poursuivre chaque héritier pour le tout au moyen de son hypothèque ou de son privilège ; l'art. 875 empêche l'héritier de le faire : il faut qu'en exerçant

[1] Je suppose que l'héritier qui paie au delà de sa part y était légalement obligé envers le créancier. S'il l'a fait volontairement et sans y être tenu, il a bien encore un recours fondé sur une idée de *gestion d'affaire*, mais ce recours est purement chirographaire et n'est pas pourvu d'un privilège comme l'est l'action en garantie. De plus il n'y a pas lieu en ce cas à subrogation légale.

[2] La loi prévoit le cas où le cohéritier qui a payé au delà de sa part de la dette commune « se serait *fait subroger* aux droits du créancier ». C'est un souvenir inopportun de l'ancien droit, du temps où la subrogation devait être *demandée* ; aujourd'hui elle a lieu *de plein droit*. Le cohéritier qui paie peut se faire subroger expressément ; il n'en aura pas plus de droits pour cela.

contre les autres les actions qui lui viennent du créancier désintéressé par lui, le cohéritier abrogé *divise son recours.*

2097. Étendue du recours. — En obligeant ainsi l'héritier à diviser son action, on veut éviter des *recours successifs* : sur cinq héritiers, si celui qui paie pouvait recourir contre un seul des autres pour les quatre cinquièmes sa part déduite, celui-ci aurait à son tour un recours contre un autre pour trois cinquièmes, et ainsi de suite ; mieux vaut arriver du premier coup à la répartition exacte qui serait le résultat final de cette série de recours [1]. — De plus, on peut dire que la *garantie réciproque* que se doivent les cohéritiers les empêche de se réclamer les uns aux autres des paiements dépassant leurs parts contributoires. Cette obligation d'agir par recours divisés n'a aucun danger pour celui des héritiers qui a payé le créancier, grâce à la disposition de l'art. 876, expliquée au n° suivant.

2098. Parts des insolvables. — En principe, le recours se divise entre tous et en proportion des parts héréditaires. Cependant si l'un des héritiers est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité se répartit entre les autres *au marc le franc*, c'est-à-dire proportionnellement à leurs propres parts (art. 876).

2099. Exception faite au profit de l'héritier bénéficiaire. — A la fin de l'art. 875, qui oblige l'héritier à diviser son action contre les autres, on lit ceci : « Sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier ». Cette disposition a paru obscure. Elle est cependant bien simple : la loi suppose que l'un des héritiers avait *contre le défunt* une créance hypothécaire « personnelle », c'est-à-dire antérieure à l'ouverture de la succession. Son bénéfice a pour effet de lui réserver intacts tous ses droits propres ; la loi lui permet donc d'agir, en vertu de cette hypothèque « personnelle », comme le ferait un créancier ordinaire, c'est-à-dire sans être obligé de diviser sa poursuite.

Cette disposition implique qu'une règle contraire serait suivie au cas où le successible qui se trouvait créancier personnel du défunt aurait accepté la succession purement et simplement : cette action se diviserait comme si elle avait pris naissance depuis l'ouverture de la succession et chaque codébiteur ne pourrait plus être poursuivi que pour sa part contributoire de la dette.

C. — Règles spéciales au service des rentes.

2100. Inconvénients de la situation. — Les actions récursoires ouvertes entre cohéritiers à la suite de paiements faits aux créanciers sont toujours fâcheuses, et donnent lieu à bien des difficultés. Leurs inconvénients sont surtout graves, lorsque la dette hypothécaire, au lieu d'avoir pour objet une somme exigible en capital, consiste en une rente à servir à un tiers. Alors, à chaque trimestre ou à chaque semestre d'arrérages, un recours pourrait être exercé contre les autres par celui qui est obligé de payer la rente comme détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Cette situation se présentait souvent dans l'ancien droit, où les rentes garanties par

[1] Cette règle ne s'applique qu'aux cohéritiers ou autres successeurs *universels* qui sont personnellement tenus de supporter les dettes du défunt. Le texte de l'art. 875 est formel sur ce point. Par suite, lorsque c'est un légataire particulier qui a été obligé de payer le créancier par l'effet d'une hypothèque existant sur l'immeuble qui lui a été légué, la subrogation se produit à son profit dans les conditions ordinaires et lui ouvre un recours pour le total.

hypothèque étaient nombreuses ; elle est beaucoup moins fréquente actuellement, ce qui enlève une grande partie de leur intérêt aux dispositions prises par la loi.

2101. Procédés admis par la loi. — Deux moyens sont offerts aux héritiers par l'art. 872.

1° Remboursement de la rente. — Chaque cohéritier peut demander que la rente soit remboursée ; les immeubles devenant libres et la rente cessant d'être servie, il n'y a plus de recours périodiques à exercer. Ce premier procédé n'est possible que si la rente est *rachetable*, ce qui n'arrive pas toujours. Ainsi le rachat n'a pas lieu pour les rentes viagères, et il peut être supprimé pendant 10 ou 30 ans pour les rentes constituées ou foncières [1].

2° Déduction de la valeur de la rente. — Quand le premier moyen ne peut pas être employé, pour une raison ou pour une autre, on met l'immeuble hypothéqué dans un seul lot, en l'estimant déduction faite de la valeur de la rente. Celui qui le reçoit doit donc servir la rente sans recours possible, puisqu'il a reçu une valeur suffisante pour y faire face. De plus, l'héritier ainsi nanti d'avance des fonds qui sont destinés au service de la rente, doit garantir les autres contre l'action possible du crédirentier, au cas où celui-ci userait du droit qu'il a de les poursuivre pour leurs parts (art. 872).

Ce second moyen n'est utilisable que si l'hypothèque est spéciale et grève seulement un immeuble déterminé : quand elle est générale et que tous les cohéritiers, ou seulement plusieurs, ont dans leurs lots des immeubles hypothéqués au crédirentier, tous peuvent être également poursuivis et il est impossible de prévoir lequel le sera.

CHAPITRE III

OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE

2102. Transition. — La situation de l'héritier pur et simple, dans ses rapports avec les créanciers, est pleine de dangers ; le remède se trouve dans le *bénéfice d'inventaire*. Nous en connaissons déjà les *conditions*, c'est-à-dire la manière dont s'acquiert ce bénéfice, qui ont été expliquées à propos de l'*acceptation bénéficiaire*. Il reste à en voir les *effets*.

Pour la *bibliographie*, voyez ci-dessus, n° 2061 bis.

***2103. Idée fondamentale du bénéfice.** — Le *but* est de protéger l'héritier contre l'obligation illimitée qui pèse sur lui de payer les dettes du défunt, et de l'empêcher par là de souffrir une perte dans son patrimoine personnel.

Le *moyen* est d'établir entre ses mains une *séparation des deux patrimoines*, le sien et celui du défunt. C'est à cet effet capital du bénéfice que peuvent se ramener tous les autres ; ils découlent tous de là [2]. Grâce à cette

[1] La loi semble exiger en outre que l'hypothèque soit *spéciale*. Cela n'est nécessaire que pour l'emploi du second moyen qui était primitivement seul prévu dans le texte ; le premier a été ajouté pendant la discussion.

[2] Formule a éviter. — Pour faire comprendre la situation de l'héritier bénéficiaire, on emploie quelquefois une formule différente. On dit qu'il doit être considéré comme

séparation, son patrimoine personnel est à l'abri des poursuites des créanciers héréditaires qui voient leur gage réduit aux biens laissés par le défunt : l'héritier est quitte envers eux quand cet actif a été entièrement employé à les payer.

****2104. Énumération des avantages accordés à l'héritier.** — Le bénéfice d'inventaire se compose pour l'héritier des avantages suivants

1° Mise de ses biens personnels à l'abri de tout poursuite ;

2° Obstacle à l'extinction de ses droits par confusion ;

3° Possibilité d'acquérir de nouveaux droits contre la succession ;

4° Impossibilité d'opposer à l'héritier les exceptions existant contre le défunt ;

5° Applicabilité de l'art. 1328.

2105. Leur contre-partie. — Des avantages considérables attachés au bénéfice d'inventaire, il en est un, la réduction de l'obligation aux dettes, qui crée un grave danger pour les créanciers de la succession : l'héritier peut faire disparaître l'actif et ne pas les payer. Pour y apporter un remède, la loi a pris des mesures qui constituent autant d'atteintes aux droits naturels de l'héritier.

Ces mesures concernent les points suivants : 1° la vente des immeubles ; 2° la vente des meubles ; 3° la caution à fournir aux créanciers ; 4° le compte à leur rendre avec responsabilité personnelle de l'héritier. Les trois premier points sont étudiés dans le paragraphe 2 (n°s 2121 et suiv., et n° 2133) et le dernier, dans le paragraphe 4 (n°s 2159 et suiv.).

L'héritier bénéficiaire ni ses créanciers ne peuvent rien prendre dans l'actif héréditaire, tant que les créanciers du défunt ne sont pas payés.

A. — Protection des biens de l'héritier contre l'action des créanciers et légataires.

2106. Limitation de l'action des créanciers. — Par la fiction

un *détenteur et administrateur* de la succession plutôt que comme un vrai héritier (Mourlon, *Examen critique du commentaire de Troplong*, n° 317) Anciennement Pothier le comparait à un tuteur (*Coutume d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n° 49). Cette formule est *inexacte* au fond. Elle est de plus *inutile* : on peut parfaitement tout expliquer dans le bénéfice d'inventaire tout en considérant l'héritier comme vraiment propriétaire de la succession ; il suffit pour cela d'admettre une exception à la règle de l'*unité du patrimoine* (t. I, n° 2148-3°). Elle est enfin *dangereuse*, car elle conduit à cette idée que les choses se passent à l'égard du créancier comme si le défunt vivait encore. Or si le défunt était encore vivant, chaque créancier pourrait agir contre lui pour le tout ; il le pourra donc encore contre ses héritiers bénéficiaires. De là cette conséquence que *le bénéfice d'inventaire fait obstacle à la division des dettes*. Lebrun enseignait cette doctrine autrefois ; quelques auteurs l'ont reprise de nos jours et elle a été acceptée par un ou deux arrêts. Mais elle est actuellement rejetée par tout le monde. Le bénéfice d'inventaire est une *faveur* accordée à l'héritier, qui ne peut pas se rétorquer contre lui pour le priver du droit commun, alors que les art. 873 et 1220 formulent le principe de la division des dettes dans les termes les plus absolus.

qui sépare ses deux patrimoines, l'héritier bénéficiaire se trouve complètement à l'abri de toute poursuite sur ses biens personnels : *les biens héréditaires répondent seuls désormais des dettes que le défunt a pu contracter et des legs qu'il a pu faire.* C'est sur eux seuls, et jusqu'à concurence de leur valeur seulement, que l'héritier peut être poursuivi. Là est l'*avantage essentiel*, celui qui a été la raison déterminante de l'institution du bénéfice. Les autres sont venus par surcroît, ils sont résultés du développement naturel d'une idée juridique une fois admise.

Cette limitation de l'action des créanciers est obtenue de la manière la plus simple : ils ne peuvent saisir que les biens héréditaires et non les biens personnels de l'héritier. Il ne suffit donc pas de dire, comme le dit l'art. 802-1°, que l'héritier est tenu « jusqu'à concurrence des biens héréditaires », car cette formule pourrait signifier que, *dans cette mesure*, l'héritier peut être contraint *sur ses biens personnels*, ce qui serait inexact. La vérité est que les biens propres de l'héritier sont *absolument à l'abri de toutes poursuites* [1]. Cette proposition ressort de la combinaison de l'art. 802-2° avec l'al. 2 de l'art. 803 : puisqu'il y a des cas où, par exception, l'héritier peut être contraint sur ses biens personnels, c'est qu'en principe il ne peut pas l'être.

2107. Système suisse. — En Suisse, le bénéfice d'inventaire est compris tout différemment : on ouvre l'action aux créanciers du défunt sur les biens personnels de l'héritier, et ce qu'on limite, ce n'est pas, comme en France, le gage des créanciers héréditaires, c'est le *montant même du passif*; on dresse un appel aux créanciers pour se faire connaître et les retardataires sont forclos. C'est un système dangereux, à peine applicable dans un petit pays ; car ce qui est difficile à connaître, ce n'est pas l'actif, qu'on arrive assez facilement à découvrir, c'est le passif, dont la consistance exacte ne peut jamais être déterminée avec certitude. Voyez C. civ. suisse, spécialement art. 582, 589 et 590.

***2108. Cas où les biens de l'héritier peuvent être saisis.** — Dans trois cas cependant les créanciers ont action sur les biens personnels de l'héritier :

1° *S'il a été mis en demeure de présenter son compte*, et s'il ne satisfait pas à cette obligation (art. 803, al. 2) ;

2° *Si le compte l'a constitué débiteur d'un reliquat envers les créanciers*, il peut être poursuivi jusqu'à concurrence de ce reliquat (art. 803, al. 3) ;

4° *S'il a commis une faute grave dans l'administration dont il est chargé* (art. 804). Dans ce dernier cas il se trouve personnellement responsable envers les créanciers et tenu sur ses biens propres, non comme héritier, mais *comme administrateur négligent ou infidèle.*

Enfin on peut ajouter que le *droit de mutation* est dû personnellement par l'héritier , sauf son recours contre la succession (Amiens, 9 mai 1888, D. 89. 2. 176, S. 91. 2. 15).

2108 *bis*. Séparation des patrimoines. — La doctrine et la jurispru-

[1] On a dit qu'il y avait, sur ce point, divergence entre le droit écrit et le droit coutumier, et que le Code avait suivi les traditions coutumières. Cette divergence n'est pas démontrée. Le droit romain admettait, comme le Code civil, l'effet absolu de la fiction qui sépare les deux patrimoines de l'héritier (Accarias, t. I, n° 351, p. 945, note 2) et il paraît bien qu'il en était de même dans le Midi (Julien, *Eléments de jurisprudence*, liv. II, tit. 6, n° 12).

dence françaises ont admis depuis la publication du Code que l'acceptation bénéficiaire d'une succession emporte de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers et des légataires du défunt, sans que ceux-ci aient rien à faire pour la demander, ni même pour en conserver le bénéfice ; ils sont notamment dispensés de prendre l'inscription sur les immeubles, exigée par l'art. 2111.

Le premier arrêt est de la Cour de Paris (20 juill. 1811, S. 11. 5. 385), la Cour de cassation statue en ce sens depuis 1833 (Cass., 18 juin 1833, S. 33. 1. 730 ; Cass., 8 juin 1863, D. 63. 1. 273, S. 63. 1. 379 ; Cass., 14 janv. 1882, D. 82. 1. 364, S. 84. 1. 317. Voyez encore Grenoble, 26 déc. 1891, D. 92. 2. 279). La plupart des auteurs se prononcent dans le même sens Aubry et Rau, t. VI, § 619, texte et note 71 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Succession. n°s 612 et suiv., et les auteurs cités par eux. M. Demolombe est à peu près seul à avoir soutenu l'opinion contraire (Demolombe, t. XV, n°s 171 et suiv.). Avant lui Delvincourt et Duranton avaient proposé un système intermédiaire. Pour justifier la solution de la jurisprudence, on dit que l'ensemble des dispositions du Code, en protégeant l'héritier contre l'action des créanciers héréditaires, suppose que les biens de la succession se trouvent soustraits, par voie de conséquence, à l'action de ses propres créanciers. Il est certain que l'héritier étant comptable des biens de la succession envers les créanciers héréditaires, ceux-ci se trouvent investis indirectement d'un droit de préférence contre les siens, qui ne peuvent avoir sur les biens du défunt plus de droits qu'il n'en a lui-même. Mais la question délicate est de savoir si cet avantage doit leur être conservé lorsque l'héritier renonce à son bénéfice, comme il en a le droit, pour se transformer en héritier pur et simple : le bénéfice d'inventaire a été établi dans l'intérêt exclusif de l'héritier ; il semble donc, quand il disparaît, que les créanciers du défunt n'aient plus aucun titre à l'invoquer pour en tirer profit, s'ils n'ont pas pris la précaution de demander la séparation et de s'inscrire sur les immeubles, comme le veut l'art. 2111. Sur cette question voyez ci-dessous, n° 2169.

B. — Obstacle à l'extinction des droits par confusion.

2109. Étendue et motif de la règle. — Les droits personnels ou réels qui appartenaient à l'héritier contre le défunt ne s'éteignent pas par confusion ; il est de même de ceux qui appartenaient au défunt contre l'héritier (art. 802-2°). — La loi ne parle que des *créances* ; il y a lieu de généraliser sa disposition pour l'étendre aux droits réels.

C'est toujours la conséquence de la même idée : les deux patrimoines restant distincts, les relations qui existaient entre le défunt et l'héritier se maintiennent entre la succession et le patrimoine personnel de l'héritier.

Pour son patrimoine personnel, l'héritier est considéré *comme un tiers* : s'il était propriétaire d'un fonds dominant, il conserve sa servitude ; s'il était créancier, il conserve son action et son hypothèque, quand il en a une. Il demandera son paiement aux autres héritiers, quand il y en a, tout en se payant à lui-même sa part ; s'il est seul héritier, il se paie lui même pour le total.

2110. Créances litigieuses. — Comme l'héritier ne peut pas discuter ses propres droits avec lui-même, il sera obligé de poursuivre ses cohéritiers, qui sont ses contradicteurs naturels quand son titre de créancier n'est pas reconnu. S'il n'y en a pas, ou si la demande est formée par eux tous, il faudra nommer un *curateur* spécial (art. 996 C. proc civ.). Cependant si la faillite du défunt avait été déclarée, il serait représenté par son syndic.

2111. Voies d'exécution. — Tout le monde reconnaît que l'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, ne peut pas recourir aux voies ordinaires et *saisir* les biens qui la composent. La loi met à sa disposition une procédure plus simple pour vendre les biens ; elle lui interdit virtuellement d'en employer une autre. S'il le faisait, il engagerait des frais inutiles dont il serait responsable envers les créanciers.

2112. Suspension de la prescription. — Puisqu'on laisse à l'héritier la faculté de poursuivre la succession, rien n'empêchait de déclarer que la prescription courait contre lui au profit de la succession. Cependant l'art. 2258-1° décide que la prescription est suspendue.

On en donne la raison suivante : l'héritier a entre les mains les valeurs qui forment son gage ; il n'a pas à prendre de mesures de précaution spéciales ; il est *nanti* ; son inaction s'explique donc autrement que par un abandon de son droit. En d'autres termes, le motif ordinaire de la prescription fait ici défaut.

Si l'héritier est seul, la disposition de l'art. 2258 lui profite pour la totalité de la créance ; s'il succède avec d'autres, la prescription n'est suspendue que pour sa part héréditaire, celle qui se serait éteinte par confusion sans l'effet du bénéfice. Elle court au profit des autres héritiers pour leurs parts dans la dette ; l'art. 2258 n'a pas de raison d'être à leur égard.

2113. Héritier débiteur du défunt. — Si l'héritier devait personnellement quelque chose au défunt, il pourra être poursuivi par les autres héritiers. S'il est seul, les créanciers héréditaires pourront lui demander de faire figurer dans son compte, au chapitre des recettes, la somme dont il était débiteur. Il n'est point besoin en pareil cas de faire nommer un curateur au bénéfice d'inventaire.

La prescription court-elle à son profit ? Aucune disposition, analogue à l'art. 2258, ne la suspend dans l'intérêt de la succession. Elle continue donc à courir, mais il n'en résulte point de conséquence pratique : étant comptable comme administrateur de la succession, l'héritier sera réputé avoir payé en temps utile ; sinon, il serait responsable envers les créanciers héréditaires pour avoir laissé se perdre par prescription une valeur comprise dans la succession. Si la prescription s'accomplit à son profit, il est empêché de s'en prévaloir, ce qui équivaut à une suspension.

C. — Acquisitions de nouveaux droits.

1° Acquisitions de créances.

***2114. Cas où elles ont lieu.** — Quand l'héritier paie de ses deniers les dettes de la succession, la loi le *subroge* aux droits des créanciers (art.

1251-4°), et le bénéfice de cette subrogation profite à son patrimoine personnel.

Il peut aussi se rendre *cessionnaire de créances* appartenant à des tiers contre le défunt et les acquérir pour son compte.

2° Acquisitions de propriétés.

***2115. Comment elles sont possibles.** — Quand un immeuble dépendant de la succession est mis en vente aux enchères publiques, l'*héritier peut se porter adjudicataire*, sans distinguer si la vente a été poursuivie sur ses propres diligences ou si elle est le résultat d'une saisie pratiquée par un créancier. On ne peut lui opposer ni l'art. 1596, qui défend au mandataire d'acheter lui-même les biens qu'il est chargé de vendre, ni l'art. 711 C. proc. civ., qui écarte le saisi de l'adjudication de ses biens, car il faut toujours distinguer en lui une double personne, ou si l'on préfère, la possibilité de jouer un double rôle, parce qu'il a double patrimoine. Le bénéfice d'inventaire ménage tous les droits qui lui appartiennent personnellement ; il a donc, aussi bien que les tiers, le droit d'enchérir.

2116. Droit de mutation — Les adjudications prononcées au profit de l'héritier bénéficiaire sont-elles soumises au droit de mutation ? D'anciens arrêts du Parlement de Paris, de 1662 à 1696, avaient soumis l'héritier à l'impôt des *lods et ventes*, qui correspondait à notre droit de mutation. Mais en 1782 la jurisprudence avait changé, et cette solution nouvelle qui dispensait l'héritier du paiement du droit, doit être encore admise, car le droit de mutation suppose une *aliénation de propriété d'une personne à une autre*. Or l'héritier était déjà *propriétaire* : il avait acquis le bien *par décès*, et il avait payé alors un droit de mutation ; il n'a pas à en payer un second. Comp. POTHIER, *Successions* chap. III, sect. 1, art. 2, § 1. Voyez cependant Toulouse, 5 janv. 1887, *Gaz. des trib. du Midi*, 27 févr. 1887.

2117. Question relative à la purge. — L'héritier bénéficiaire ne doit-il pas tout au moins payer le *droit de transcription* ? C'est une question qui s'est posée dans la pratique sous cette forme : l'héritier qui s'est porté adjudicataire de l'immeuble peut-il purger ? Si on admet l'affirmative, on se trouve conduit à dire que le droit de transcription est dû, la transcription étant la formalité préliminaire de la purge. Voyez la question examinée dans le t. II, n° 3297.

D. — Exceptions non opposables à l'héritier.

***2118. Exemple tiré de la garantie.** — Quand l'héritier exerce une action en son propre nom, il ne peut se voir opposer aucune exception du chef du défunt. Ainsi, s'il était créancier hypothécaire du défunt, et si celui-ci avait vendu à un tiers l'immeuble hypothéqué, il est permis à l'héritier de poursuivre le tiers détenteur sans que ce tiers puisse l'arrêter par l'exception de garantie en sa qualité d'héritier du vendeur.

La poursuite ainsi intentée par l'héritier, en vertu d'un droit qui figure dans son patrimoine personnel, a pour effet d'ouvrir au tiers acquéreur une

action en garantie contre la succession, c'est-à-dire contre l'héritier lui-même, mais dont il ne sera tenu que sur les biens héréditaires.

2119. Exemple tiré de la compensation. — Si l'héritier est, en son nom personnel, créancier d'un tiers qui se trouve de son côté créancier du défunt, l'exception tirée de la compensation n'est pas possible. La compensation suppose l'existence de deux personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Le tiers est bien tout à la fois créancier et débiteur, mais il n'a pas devant lui une personne unique : c'est le défunt qui était son débiteur et c'est l'héritier qui est son créancier ; la confusion de leurs patrimoines ne s'étant pas produite, la condition essentielle de la compensation manque.

E. — Date des actes sous seings privés.

2120. A quel moment leur date devient certaine pour l'héritier. — L'héritier étant considéré comme un tiers pour son patrimoine personnel, on doit lui appliquer le droit commun : les actes sous seings privés souscrits par le défunt ne font pas foi de leur date à son égard ; ils ne prennent date certaine que du jour de l'ouverture de la succession, par le décès de leur signataire (art. 1328). Comp. t. II, n°s 74 et suiv.

§ 2. — *Liquidation de la succession.*

A. — Généralités.

***2121. Absence d'obligation pour l'héritier.** — Une succession bénéficiaire est, par hypothèse, une succession obérée. Il importe donc de la *liquider*, c'est-à-dire de transformer en argent les biens qui la composent, pour régler les créanciers, et voir si réellement le défunt est mort insolvable ou s'il reste quelque chose, ses dettes payées. Il y a quelqu'un qui doit être naturellement chargé de ce soin : c'est l'héritier. On ne comprendrait pas que la loi instituât à côté de lui une sorte de syndic ou de curateur pour lui confier cet office. Cependant cette mission n'est pas expressément attribuée à l'héritier par les textes ; il n'est donc pas forcé de procéder à la vente des biens ; il peut s'abstenir et laisser les créanciers pratiquer des saisies, s'ils ont hâte d'être payés. La loi le charge seulement d'*administrer* la succession (art. 803), et comme cet article est emprunté à Pothier (*Successions*, chap. III, sect. 3, art. 2, § 4), nous voyons dans ce passage à quels actes d'administration les auteurs du Code ont songé : il s'agit du recouvrement des créances, de l'interruption des prescriptions, des baux à passer, des réparations à faire, des procès à soutenir, toutes choses qui supposent que l'héritier ne vend pas les biens et en conserve indéfiniment la possession. La *liquidation* proprement dite est donc pour lui purement *facultative* Voyez cependant ce qui est dit au n° 2127.

****2122. Étendue de ses pouvoirs.** — En fait néanmoins, l'héritier bénéficiaire procède à la liquidation de la succession : il a autant hâte que les créanciers de savoir s'il restera quelque chose. Quels sont ses pouvoirs à cet égard? La loi n'a presque rien spécifié et la tradition ne nous éclaire pas. Nous n'avons pour nous guider qu'un principe général, c'est que l'héritier est *propriétaire de la succession*, et que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est une *acceptation* : elle en produit tous les effets, sauf les modifications favorables ou défavorables à l'héritier qui résultent des textes. Ce principe est certain : il est aussi ancien que l'institution du bénéfice, et le langage de Pothier sur ce point est particulièrement ferme (*Successions*, chap. III, sect. 1, art. 2, § 1).

Il faut donc se garder de comparer la situation de l'héritier à celle du tuteur, d'un envoyé en possession des biens d'un absent, d'un syndic de faillite ou de tout autre administrateur du bien d'autrui. Il gère la succession en qualité de propriétaire, et ses droits ne subissent de restrictions que par l'effet des *conditions de son bénéfice*, exprimées par la loi. Ce n'est pas un *administrateur* qui n'a de pouvoirs que ceux qui lui sont expressément ou implicitement conférés ; c'est un *propriétaire* qui ne subit d'entraves qu'en vertu d'un texte exprès.

***2123. Sanction des formes qui lui sont imposées.** — De l'idée que l'héritier est propriétaire résulte une conséquence importante : c'est que, s'il vend les biens sans observer les formes qui lui sont prescrites (ci-dessous, n°s 2129 et 2132), *la vente n'est pas nulle*, car elle a été faite par quelqu'un qui pouvait vendre. La seule sanction de cette irrégularité est la *déchéance du bénéfice* qu'encourt l'héritier (ci-dessous, n° 2166). Beaucoup de candidats s'y trompent à l'examen. Ce qui cause leur erreur c'est que cette sanction se trouve écrite, non dans le Code civil, mais dans le Code de procédure, aux art. 988 et 989.

2124. Conservation du droit de poursuite individuelle. — L'héritier ne ressemble pas à un syndic de faillite ; il n'est pas obligé de liquider et a le droit de *conserver les biens en nature*, comme le suppose l'art. 805, qui le déclare seulement responsable des détériorations causées par sa négligence. On en conclut que les créanciers, qui ne sont point *représentés* par lui, conservent le droit d'exercer contre lui des poursuites individuelles (Pau, 21 févr. 1887, D. 88. 2. 181 ; Grenoble, 25 janv. 1889, *Recueil de Grenoble*, 1889, p. 62 ; Orléans, 28 juill. 1891, D. 93. 2. 36).

Toutefois il a été jugé que les créanciers d'une succession bénéficiaire n'ont pas, en principe, le droit d'intervenir dans les instances engagées par l'héritier, parce qu'ils sont *représentés* par lui (Cass., 2 mars 1874, D. 74. 1. 359).

2125. Conséquence. — Si des poursuites sont exercées par un créancier au moyen d'une saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'un débiteur du défunt, les autres créanciers doivent se joindre à lui, s'ils veulent se faire payer en concours avec lui sur les sommes saisies-arrêtées. Sinon, le saisissant obtiendra un jugement validant la saisie-arrêt à son profit exclusif, et touchera seul la somme due par le tiers saisi (Orléans, 28 juill. 1891, D. 93. 2. 36). L'opposition faite par certains créanciers entre les mains de l'héritier peut bien lier celui-ci, mais ne modifie en rien le droit de poursuite individuelle qui appartient aux autres.

***2126. Responsabilité de l'héritier.** — En sa qualité de gérant de la succession, l'héritier est responsable des *fautes graves* commises par lui

dans l'administration dont il est chargé (art. 803 et 804). Cette disposition a été empruntée à POTHIER (*Successions,* chap. III, sect. 3, art. 2, § 4), qui l'expliquait en disant que l'héritier n'est point administrateur du bien d'autrui, mais du sien propre, et qu'on ne doit point exiger de lui d'autre diligence que celle dont il est capable. Comme exemple de faute lourde commise par un héritier bénéficiaire, voyez Cass., 29 nov. 1887, D. 88. 1. 437, S. 88. 1. 429, et Cass., 26 nov. 1890, D. 91. 1. 345.

2127. Remplacement de l'héritier par un curateur. — Si la loi n'a pas établi pour l'héritier l'obligation de *liquider* la succession, la jurisprudence est arrivée indirectement à la lui imposer. Elle admet en effet que si l'héritier se montre négligent dans l'administration dont il est chargé ou s'il tarde à réaliser l'actif, les créanciers peuvent obtenir des tribunaux la nomination d'un administrateur qui le remplacera (Paris, 9 févr. 1892, D. 92. 2. 229, S. 93. 2. 113). Cette jurisprudence est déjà assez ancienne (Cass., 5 août 1846, D. 46. 1. 467; Douai, 13 août 1855, D. 56. 2. 92, S. 56. 2. 342). Ce dernier arrêt n'exige même pas qu'il y ait faute de l'héritier : une circonstance quelconque, dont les tribunaux sont juges souverains, peut les autoriser à confier la liquidation de la succession à un tiers [1]. Mais voyez la note sous le n° 2142 ci-dessous.

La plupart des auteurs protestent contre cette jurisprudence, qui leur paraît fausse. Voyez surtout LAURENT, t. X, n° 124. Les auteurs français admettent volontiers un tempérament : la nomination d'un administrateur judiciaire leur paraît fondée quand les intérêts des créanciers sont compromis par des fautes graves de l'héritier dans sa gestion (DEMOLOMBE, t. XV, n° 226 ; AUBRY et RAU, t. VI, § 618, p. 450, texte et note 22). — Qu'il y ait *en fait* des motifs sérieux *d'ordre pratique,* d'approuver cette jurisprudence, cela n'est pas douteux ; mais il n'y a aucun texte ni même aucun principe sur lequel on puisse l'appuyer : l'idée d'un rapport synallagmatique entre les créanciers et l'héritier est vraie, quand il s'agit de l'*administration* de la succession dont l'héritier est « chargé » par la loi ; elle est fausse, quand il s'agit de la *liquidation,* qu'aucun texte ne lui impose et qui ne nous vient pas de la tradition. Sur ce point encore nous rencontrons une jurisprudence d'origine moderne, novatrice et créatrice du droit.

2128. Pouvoirs de l'administrateur judiciaire. — L'étendue des pouvoirs conférés à cet administrateur donne lieu à diverses difficultés. Comme on est ici en dehors des textes, tout doit être réglé par la jurispru-

[1] Un arrêt (Paris, 5 juin 1891, D. 94. 2. 81, S. 93. 2. 113) a été plus loin encore : il a décidé que, lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, dont les uns acceptent purement et simplement et les autres bénéficiairement, la gestion de l'administrateur judiciaire s'étend à la totalité des biens indivis. Cette conséquence est évidemment contraire à la loi : rien n'autorise à enlever à un héritier pur et simple la gestion de son bien.

dence. On peut seulement poser un double principe : 1° l'étendue de ses pouvoirs dépend du tribunal qui le nomme et qui peut les restreindre aux actes urgents de l'administration proprement dite ; 2° le tribunal ne peut pas lui conférer sur la succession des pouvoirs plus étendus que ceux qui appartiendraient à l'héritier bénéficiaire lui-même. Comp. en sens divers Metz, 13 juill. 1865, D. 65. 2. 126, S. 66. 2. 29; Paris, 30 juill. 1886, D. 87. 2. 37 ; Orléans, 19 mai 1888, D. 89. 2. 205, S. 89. 2. 123.

B. — Règles spéciales aux différents actes.

1° Ventes d'immeubles.

**2129. Leur forme. — Un héritier pur et simple vend les biens comme il veut, de gré à gré, s'il en trouve l'occasion. Cela est défendu à l'héritier bénéficiaire : il ne peut vendre des immeubles qu'*avec l'autorisation du tribunal et dans la forme des ventes de biens de mineurs* [1] (art. 806 C. civ. ; art. 953-965 et 987-988 C. proc. civ.).

Toutefois si l'héritier bénéficiaire a un cohéritier, il peut procéder par voie d'action en partage, sans autorisation de justice (Pau, 12 juin 1907, P. et S. 1908. 2. 36).

1° Ventes de meubles corporels.

*2130. Formes de la vente. — D'après l'art. 805, l'héritier bénéficiaire ne peut vendre les meubles dépendant de la succession que *par le ministère d'un officier public, aux enchères,* et après les affiches et les publications accoutumées. Comp. art. 945 et suiv. C. proc. civ. L'autorisation de justice n'est pas nécessaire ; les formalités prescrites par le texte suffisent.

Le mot « meubles » comprend ici tous les meubles corporels, à l'exception toutefois des fruits et denrées, que l'héritier peut vendre comme le pourrait un successible n'ayant pas encore pris parti. Il faut bien se garder d'appliquer ici la définition des « meubles » donnée par l'art. 533.

3° Ventes de meubles incorporels.

2131. État des textes. — Les meubles incorporels ne sont pas compris dans la disposition de l'art. 805. L'art. 989 C. proc. civ. l'étendit aux *rentes*, mais ce texte fut interprété comme applicable uniquement aux rentes

[1] Ces formes sont les suivantes : l'héritier présente une requête dans laquelle les immeubles à vendre sont désignés sommairement. Après conclusions du ministère public et rapport d'un juge délégué, un jugement autorise la vente. S'il y a lieu, une estimation est faite par experts pour fixer la mise à prix. Avant la loi du 2 juin 1841, cette estimation devait toujours avoir lieu. La vente a lieu aux enchères, à l'audience des criées ou devant un notaire commis par le tribunal, des affiches sont posées 15 jours au moins d'avance et des insertions sont faites dans les journaux. Si la mise à prix n'est pas couverte, le tribunal peut la baisser.

constituées sur particuliers. Quant aux *rentes sur l'État,* un avis du Conseil d'État du 17 novembre 1807, approuvé le 11 janvier 1808, avait déclaré applicables à l'héritier bénéficiaire les dispositions de la loi du 24 mars 1806, relatives aux rentes sur l'État appartenant à des mineurs. Il résultait de cette assimilation que l'héritier bénéficiaire était obligé de demander l'autorisation de justice pour vendre ces rentes lorsque leur total dépassait 50 francs de rente. Mais la loi du 24 mars 1806 a été abrogée par la loi du 27 février 1880, sur les valeurs mobilières appartenant aux mineurs, et la jurisprudence en a conclu que l'avis du Conseil d'État, qui en avait fait l'application à l'héritier bénéficiaire, disparaissait en même temps.

Pour les valeurs mobilières autres que les rentes, il n'y a jamais eu de textes spéciaux concernant l'héritier

* **2132. Jurisprudence actuelle.** — En admettant l'abrogation de l'avis du Conseil d'État de 1808 cité au n° précédent, on aurait dû conclure que l'héritier bénéficiaire peut vendre librement, sans autorisation ni formalités aucunes, toutes les valeurs mobilières autres que les rentes sur particuliers régies par l'art. 989 C. proc. civ. Il est propriétaire de la succession, et il n'y a d'entraves à ses pouvoirs que dans la mesure où la loi en a établi. Mais la Cour de cassation a introduit une jurisprudence différente : elle considère comme un principe l'impossibilité pour l'héritier bénéficiaire, simple administrateur de la succession, d'aliéner les biens de toute nature qui en dépendent. La loi de 1806 a été interprétée par elle, non pas comme exigeant une autorisation au-dessus d'un certain chiffre, mais au contraire, comme donnant une facilité pour vendre librement les rentes sur l'État inférieures à 50 francs. Il suit de là qu'en abrogeant cette loi en 1880, on a rendu à nouveau nécessaire la formalité d'une autorisation de justice, *quelle que soit la valeur de la rente à transférer* (Cass., 4 avril 1881, D. 81. 1. 241, S. 81. 1. 206). Cette jurisprudence consacre un principe contraire à celui que nous avons admis ; elle réduit l'héritier au rôle de simple administrateur sans pouvoir propre sur la succession. Ses inconvénients pratiques ont été tout de suite signalés ; l'héritier est obligé de faire des frais pour la vente des titres de la plus minime valeur, et cette gêne n'est pas spéciale aux rentes ; elle s'étend *à toutes les valeurs mobilières, quelle qu'en soit la nature.* Sur les critiques adressées à cette jurisprudence voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Successions, n° 641, et les auteurs cités.

Dans la pratique il est donc de règle de solliciter l'autorisation du tribunal en toute hypothèse, ce qui entraîne des frais hors de proportion avec le produit de la vente. La Cour de cassation s'est rendu compte elle-même des inconvénients de son système et elle a cherché à l'atténuer en facilitant la vente, quand l'héritier bénéficiaire est un mineur émancipé par le mariage et déclaré capable d'aliéner ses valeurs mobilières avec la seule assistance

de son curateur par la loi du 27 février 1889, art. 4, § 2 (Cass., 12 août 1884, D. 84. 1. 103, S. 84. 1. 177). Mais voyez sur cet arrêt la note de M. LYON-CAEN dans *Sirey*, et DALLOZ, *loc. cit.*, n° 642.

4° Maniement des fonds.

* **2133. Caution à fournir par l'héritier.** — Tous les deniers liquides trouvés dans la succession et le montant des créances recouvrées depuis son ouverture restent à la disposition de l'héritier : il peut les gaspiller et devenir insolvable. Afin de protéger les créanciers contre ce péril, l'ancien droit leur donnait une hypothèque légale sur les biens de l'héritier. Cette hypothèque n'existe plus, mais l'art. 807 permet aux créanciers et autres intéressés d'exiger de lui *une caution bonne et solvable*. Ils sont seuls juges de l'opportunité de ce cautionnement, qui leur est dû dès qu'ils l'exigent (voyez le texte), et le droit de le demander appartient individuellement à chacun d'eux (art. 992 C. proc. civ.).

La caution ainsi fournie est une caution légale qui doit réunir les qualités requises par les art. 2018 et 2019.

2134. Étendue de l'engagement de la caution. — L'engagement de la caution ne garantit pas toutes les obligations de l'héritier, mais seulement sa responsabilité à raison des meubles et des deniers qui lui restent entre les mains, c'est-à-dire *la valeur du mobilier compris dans l'inventaire et la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers* (art. 807). Elle ne répond donc pas des indemnités dues à raison des fautes de gestion commises par l'héritier.

2135. Sanction de l'obligation de l'héritier. — Si l'héritier ne peut ou ne veut fournir une caution, il n'encourt pas pour cela la déchéance de son bénéfice : il est seulement privé du maniement des fonds et de la garde des objets mobiliers. Toute partie intéressée peut alors provoquer la vente du mobilier et faire ordonner que le numéraire dépendant de la succession soit versé à la Caisse des dépôts et consignations (art. 807, al. 2).

5° Actes non prévus par la loi.

2136. Controverse doctrinale. — La vente des biens n'est pas le seul acte qu'un héritier bénéficiaire puisse être appelé à passer dans l'intérêt de la succession ; il s'en présente dans la pratique un certain nombre d'autres pour lequels la loi n'a pas statué. L'héritier peut-il les faire ? La doctrine est hésitante. Les uns veulent que l'héritier obtienne le consentement des créanciers et des légataires (AUBRY et RAU, t. VI, § 618, p. 451, texte et note 26), procédé qui semble impossible à suivre en pratique. Les autres conseillent à l'héritier de demander l'autorisation de justice (DEMOLOMBE, t. XV, n°s 263 à 265), mais on se heurte alors à un obstacle de fait, le refus constant du pouvoir judiciaire d'accepter la mission qu'on lui attribue : en l'absence d'une disposition spéciale, les tribunaux ne se croient pas appelés à statuer sur les demandes d'autorisation qui leur sont soumises (Paris, 30 juill. 1850, D. 51. 2. 116). Il semble en conséquence que les actes *faits de bonne foi* par l'héritier doivent être respectés, sans qu'il soit besoin de remplir

pour eux aucune formalité ; il ne reste aux créanciers que la ressource de l'action Paulienne en cas de fraude.

La jurisprudence paraît incliner en ce sens (Cass., 25 juill. 1867, S. 68. 1. 12, DALLOZ, *Suppl.*, t. XVII, p. 133, note 1). Voyez cependant les arrêts anciens cités par MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 26.

C. — Abandon de la succession par l'héritier.

***2137. Faculté d'abandonner les biens.** — L'héritier peut se décharger du soin de gérer et de liquider la succession, en abandonnant aux créanciers et aux légataires tous les biens du défunt (art. 802-1°). Cette faculté, qui est traditionnelle chez nous (POTHIER, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVII, n° 53), paraît se rattacher à d'anciennes idées sur la possibilité de renoncer définitivement à la succession. On la considère comme un avantage accessoire attaché à l'acceptation bénéficiaire, qui débarrasse l'héritier de tout souci, quand il croit n'avoir rien à gagner en conservant la succession.

2138. Formes de l'abandon. — Elle n'ont pas été réglées par la loi. La jurisprudence exige des *notifications individuelles* faites aux créanciers pour les mettre en demeure d'aviser ; une simple déclaration au greffe serait insuffisante. — D'accord avec la doctrine, la jurisprudence exige en outre que l'abandon soit fait à tous les créanciers et légataires indistinctement.

En pratique l'héritier ne se décide à faire l'abandon qu'après que des poursuites multipliées lui créent des embarras et lui enlèvent tout espoir de conserver un peu d'actif ; il signifie à tous son intention, et délivre les biens aux premiers qui se présentent.

2139. Objet de l'abandon. — L'abandon doit comprendre tous les biens dont l'héritier est *comptable* envers les créanciers (ci-dessous, n° 2162), mais ceux-là seulement. Il ne doit donc pas porter sur les biens que l'héritier a obtenus par l'effet du rapport ou de la réduction.

***2140. Effet de l'abandon pour l'héritier.** — Ce n'est point une renonciation ; il n'enlève pas à l'héritier son droit de propriété et n'entraîne pas de droit de mutation. L'héritier conserve ses droits et ses charges en vertu de la maxime : « Semel heres, semper heres » ; il y a simple *abandon de possession*. Par suite l'héritier reste tenu envers ses cohéritiers du rapport et de la réduction, comme aussi il a le droit d'attaquer les donations ou legs qui entament sa réserve.

L'héritier conserve le droit de reprendre les biens abandonnés, tant qu'ils ne sont pas encore vendus ; mais on lui impose alors l'obligation d'acquitter toutes les charges (AUBRY et RAU, t. VI, § 618, 2° ; DEMOLOMBE, t. XV, n° 224). Sur quoi Laurent observe que la loi seule pourrait établir cette obligation (t. X, n° 110).

2141. Effet pour les créanciers. — Une fois en possession des biens, les créanciers avisent au moyen de les vendre. Le mieux est alors de nommer un *curateur* ou *syndic*, qui serait le mandataire de tous ; mais le texte ne l'ordonne pas.

Les ventes doivent être faites dans la même forme que si l'héritier y avait lui-même procédé (art. 1269 C. civ. et 904 C. proc. civ.), mais il n'est pas nécessaire de mettre l'héritier en cause (Bourges, 10 nov. 1891, D. 92. 2. 416). Faute d'avoir été faite dans la forme légale, la vente serait nulle.

§ 3. — *Paiement des créanciers et des légataires.*

2142. Insuffisance des dispositions de la loi. — C'est ici surtout que l'organisation du bénéfice d'inventaire est défectueuse. A vrai dire c'est l'absence d'organisation. Pas plus pour les morts que pour les vivants, la loi n'a réglementé la déconfiture [1]. Tout n'est pas abandonné au hasard, mais il n'existe que des règles partielles et des mesures accidentelles. La jurisprudence a fait ce qu'elle a pu pour améliorer le régime des successions bénéficiaires [2]. Comp. nos 2127 et 2147.

Le mode de paiement des créanciers et légataires varie avec la nature des valeurs ou la provenance des deniers employés à cet objet. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'immeubles grevés de privilèges ou d'hypothèques, ou de deniers provenant d'une autre source. En d'autres termes, cela revient à examiner séparément le paiement des *créanciers hypothécaires* et celui des *autres créanciers*.

A. — Paiement des créanciers hypothécaires.

* **2143. Délégation du prix aux créanciers.** — Selon la formule de l'art. 806, l'héritier est « tenu de *déléguer le prix* des immeubles *aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître* ». Avec le système d'hypothèques occultes qui existait dans l'ancien droit, ces mots pouvaient s'expliquer très simplement : l'existence des hypothèques étant ignorée, les créanciers devaient se faire connaitre en faisant des *oppositions au greffe*, dans les deux mois de la publication de la vente (édit de 1771). S'ils étaient connus, on évitait cette formalité en leur déléguant l'acheteur. Dans le Code actuel, qui soumet les hypothèques à l'allusion de la publicité, la nécessité d'une opposition n'est qu'un accident de rédaction : le projet de l'an VIII

[1] Une des conséquences les plus remarquables de ce défaut d'organisation, si la jurisprudence n'y avait pourvu, serait le *maintien du bénéfice du terme* : quand il y a des créanciers dont le droit n'est pas encore échu, l'acceptation bénéficiaire ne le rend pas immédiatement exigible. Le règlement définitif de la succession se trouverait retardé pour longtemps, si l'on n'admettait pas en pratique que la *déconfiture* entraîne déchéance du terme comme la faillite, malgré le silence de l'art. 1188 (t. II, no 365).

[2] TENTATIVE D'EXTENSION DES ADMINISTRATEURS SÉQUESTRES. — La possibilité de dessaisir l'héritier négligent, pour confier la liquidation de la succession à un administrateur judiciaire, déjà signalée au no 2127, a amené les tribunaux à une solution plus hardie : ils ont imaginé d'employer le même procédé en l'absence de toute faute de l'héritier et de toute plainte contre lui, uniquement comme un moyen prétorien d'établir un régime meilleur pour les successions en déconfiture (Lyon, 26 mai 1853) ; mais la Cour de cassation a refusé d'approuver cette extension d'une procédure déjà contestable en cas de faute ou de négligence : les particuliers ne peuvent être privés du droit d'administrer leurs biens qu'en vertu de dispositions formelles de la loi, et les tribunaux ne peuvent établir de séquestres judiciaires que dans des cas déterminés : elle a donc cassé l'arrêt précité (Cass., 17 janv. 1855, D. 55. 1. 11, S. 55. 1. 102. — Comp. Cass., 10 juill. 1876, D. 76. 1. 313 ; Cass., 13 nov. 1889, D. 90. 1. 34).

revenait au système de l'ancien droit en abandonnant les principes de la loi de brumaire et en restaurant les hypothèques occultes et les *lettres de ratification* (Fenet, t. II, pp. 225 et 227). Dans le projet définitif soumis aux Tribunaux et au Conseil d'État, le régime de la publicité était au contraire conservé, mais on oublia de faire subir à l'art. 806 la correction correspondante à ce changement : les créanciers hypothécaires n'ont plus à faire d'opposition ; ils sont inscrits ou dispensés de s'inscrire.

Il reste, néanmoins, quelque chose de l'art. 806 qui n'a pas été touché par le changement opéré dans le régime des hypothèques : c'est l'obligation imposée à l'héritier de *déléguer* le prix aux créanciers [1]. On n'a pas voulu que des sommes aussi considérables restassent aux mains de l'héritier ; il ne lui est pas permis de les toucher, et les paiements faits entre ses mains par les adjudicataires des immeubles vendus ne seraient pas opposables aux créanciers hypothécaires. *L'argent doit donc être versé directement aux créanciers par les tiers acquéreurs.*

2144. Ordre à suivre dans les paiements. — Sur ce point rien n'est changé au droit commun : il s'agit de créanciers hypothécaires ; on doit les payer dans l'ordre de préférence établi entre eux par leurs inscriptions ou par la loi. S'il y a contestation sur cet ordre, ou si les créanciers non colloqués refusent de donner mainlevée de leurs inscriptions, il faudra recourir à la procédure de l'*ordre judiciaire* (t. II, nos 3093 et suiv.). — L'art. 991 C. proc. civ., en disant simplement que « le prix de la vente des immeubles sera distribué suivant l'ordre des privilèges et hypothèques » n'a pas eu pour but de dispenser l'héritier de la délégation de ce prix que lui impose le Code civil (Locré, t. XXIII, p. 323 et 365).

B. — Distribution des sommes libres d'hypothèques.

2145. Sommes à distribuer. — Toutes les fois qu'il ne s'agit pas de payer des créanciers exerçant leurs droits hypothécaires, les choses se passent autrement. Les règles qui vont être exposées s'appliquent aux sommes provenant des sources suivantes :

1° Deniers liquides trouvés chez le défunt au jour de son décès ;

2° Montant des créances recouvrées depuis ce jour ;

3° Prix des meubles vendus par l'héritier ;

4° Prix des immeubles libres d'hypothèques ;

5° Portion du prix des immeubles hypothéqués, non absorbée par les créanciers privilégiés ou hypothécaires.

2146. Distinction. — Deux cas doivent être distingués selon qu'il existe ou non des *oppositions* (art. 808 et 809).

[1] Un danger peut résulter de cette délégation pour l'adjudicataire et pour le notaire si le créancier nominalement désigné n'est pas admis dans l'ordre (Cass., 10 déc. 1902, S. 1907. 1. 117).

1° Il y a des créanciers opposants.

2147. Ce que c'est qu'une opposition. — D'ordinaire, on appelle « opposition » une saisie-arrêt pratiquée par un créancier ; mais ici ce mot prend un sens plus large : Pothier parlait de créanciers qui ont « fait leurs *diligences* », qui se sont « *par exemple* opposés au scellé, à la vente des meubles ou qui ont fait des saisies-arrêts » (*Successions*, chap. III, sect. 3, art. 2, § 6). La jurisprudence moderne a conservé cette tradition : elle voit une « opposition » suffisante, au sens de l'art. 808, dans *tout acte qui fait connaître à l'héritier l'existence d'une créance.* On admet comme tels la signification du titre du créancier, une mesure d'exécution quelconque dirigée par le créancier, contre l'héritier (Cass., 13 mars 1866, D. 66. 1. 257, S. 66. 1. 121), la nomination d'administrateurs ou de liquidateurs des biens de la succession (Cass., 17 déc. 1894, D. 95. 1. 193, S. 97. 1. 329), ou même le simple fait que l'héritier a versé un acompte au créancier (Cass., 19 déc. 1871, D. 73. 1. 256, S. 72. 1. 227. Comp. Cass., 4 juill. 1892, D. 92. 1. 481).

Laurent est seul à soutenir que le mot « opposition » a ici son sens précis de saisie-arrêt (Laurent, t. X, n° 157).

Cette jurisprudence favorable peut être considérée comme un moyen pratique d'améliorer très sérieusement le régime des successions bénéficiaires, en rendant nécessaire le plus souvent possible une procédure régulière.

2148. Droit des légataires. — Le droit de faire opposition appartient aux légataires aussi bien qu'aux créanciers.

2149. Effet de l'opposition. — Quand il y a des créanciers ou légataires opposants, l'héritier ne peut plus payer que *dans l'ordre et de la manière réglés par le juge* (art. 808 C. civ. ; art. 990 C. proc. civ.). Sur la procédure de *distribution par contribution*, qui devient alors nécessaire, voyez t. II, n°s 191 et 2310. Ceux des créanciers qui ont un privilège sont alors payés *par rang de préférence* ; les autres le sont *au marc le franc* (art. 656 et suiv. C, proc. civ.). Les légataires reçoivent ce qui reste après le paiement des créanciers.

Toutefois l'emploi de cette procédure n'est nécessaire qu'en cas de désaccord entre les intéressés : si tous sont présents et capables, et s'ils s'entendent, rien ne les empêche de s'arranger à l'amiable.

2150. Responsabilité de l'héritier. — Sa responsabilité personnelle se trouve engagée, s'il a passé outre, ayant reçu une opposition, et payé certains créanciers de préférence à d'autres : il est tenu de réparer le préjudice causé à ceux qui s'étaient fait connaître et qu'il a omis de payer. Cette réparation consiste dans le paiement d'une sommme égale au dividende que l'oppo-

sant aurait obtenue dans une distribution régulière. L'héritier en est tenu sur sa propre fortune, sans encourir pour cela la déchéance de son bénéfice.

***2151. Recours des opposants.** — La responsabilité de l'héritier n'est pas la seule sanction de la défense qui lui est faite de payer en présence d'une opposition : la loi réserve au créancier ou légataire opposant un *recours contre ceux qui ont été payés à son préjudice*, ce qui est pour lui une ressource précieuse, si l'héritier est insolvable.

Ce recours appartient certainement à un *créancier* contre un *légataire* ; lui serait-il également accordé *contre un autre créancier* ? On l'a parfois contesté, cependant il est aujourd'hui reconnu : l'art. 889 n'accorde de recours aux créanciers *non opposants* que contre les légataires, ce qui suppose que s'ils avaient eu soin de faire opposition, ils auraient pu recourir même contre les créanciers. C'est d'ailleurs la sanction nécessaire de l'art. 808.

Les légataires opposants jouissent du même recours que les créanciers, mais seulement contre des légataires comme eux, car ils ne sont payés qu'après les créanciers.

2152. Nature du recours. — Par quelle action les créanciers ou légataires opposants exercent-ils leur recours ? On en a proposé plusieurs explications. Selon les uns, ils agiraient du chef de l'héritier, qui serait considéré comme ayant payé l'indu en faisant à certains créanciers des versements excessifs ; mais il est plus que douteux que le bénéfice d'inventaire ait pour effet de supprimer la créance pour toute la portion qui reste impayée ; il est donc faux de dire qu'il y a eu paiement de l'indu. De plus, le recours ouvert aux créanciers leur appartient de leur propre chef.

D'autres ont songé à l'action Paulienne : il est bien certain que cette action compéterait aux créanciers si les conditions en étaient réunies, mais cela n'est pas nécessaire ; la loi ne suppose pas qu'il y a eu *fraude*.

Il faut donc accepter l'idée d'une action spéciale donnée aux opposants et fondée sur la nullité d'un paiement fait malgré la défense de la loi et au mépris d'une opposition.

2153. Durée du recours. — Aucune durée spéciale n'a été fixée ; le droit commun devra donc s'appliquer et le recours durera trente ans (art. 2262). Il serait utile de fixer un délai plus bref, et de donner trois ans seulement aux créanciers, comme la loi le fait pour le cas où il n'y a pas eu d'opposition.

2° Il n'y a pas d'opposition.

***2154. Liberté des paiements.** — S'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier paie les créanciers et légataires à mesure qu'ils se présentent (art. 808, al. 2). Tout est laissé au hasard ; les premiers arrivés prennent ce qu'il y a et les derniers venus n'ont rien. Cela est vrai pour les

légataires et pour les créanciers indistinctement. Un légataire peut donc être payé avant un créancier. Cependant s'il est déjà établi que l'actif est absorbé par les frais et les dettes, les légataires ne peuvent pas demander la délivrance de leurs legs, qui seraient sujets à répétition : « Melius est non solvere, quam solutum repetere » (Cass., 25 nov. 1861, D. 61. 1. 457). Cette solution est très pratique et très équitable, mais elle déroge en quelque mesure au texte formel de l'art. 808.

2155. Cas où l'héritier est créancier. — S'il a lui-même quelque créance à faire valoir contre le défunt, l'héritier jouit par sa position d'un véritable droit de préférence : il est sûr d'être payé le premier, ou tout au moins de l'être avant beaucoup d'autres qui ignorent même quel parti il a pris.

2156. Recours des créanciers retardataires. — Tant que l'actif n'est pas épuisé, les créanciers qui se présentent peuvent demander des comptes à l'héritier et se faire payer sur le reliquat. Mais les retardataires qui arrivent après l'épuisement de l'actif, ne peuvent plus rien demander à l'héritier (art. 802) : celui-ci est quitte en leur présentant *un compte apuré*, dont les deux colonnes se balancent.

Ces retardataires ont-ils du moins un *recours contre ceux qui ont été payés avant eux* ? Il faut distinguer selon que les paiements critiqués par eux ont été faits à un autre créancier ou à un légataire.

1° Recours contre les légataires. — Ici le texte est formel : les créanciers qui se présentent après l'apurement du compte et le paiement du reliquat ont un recours contre les légataires payés avant eux (art. 809, al. 1er). Ce recours leur est ouvert pendant trois ans à compter du paiement du reliquat (même art., al. 2). — La loi fait courir ce délai « du jour de l'apurement du compte et du paiement du reliquat ». Elle suppose donc que les deux opérations se font le même jour. Si l'établissement définitif du compte, qui n'est qu'une opération d'écriture, se faisait après le dernier paiement, ce serait néanmoins du jour de ce paiement que courrait le délai, car c'est lui qui clôt le règlement au détriment des créanciers non payés.

2° Recours contre les créanciers. — Existe-t-il également un recours contre les créanciers qui ont été intégralement payés, tant que l'héritier a eu des fonds disponibles ? Ceux-là ont reçu trop, puisqu'ils n'auraient dû toucher qu'un dividende, leur débiteur étant insolvable. Cependant la loi refuse aux autres tout recours contre eux : la chose est certaine si le créancier retardataire se présente après l'apurement du compte et le paiement du reliquat. Il y a eu controverse pour le cas où des créanciers se présenteraient à un moment où l'héritier a encore un reliquat en mains. Quelques auteurs, notamment Toullier, raisonnant « a contrario » sur le texte de l'art. 809, disaient : « S'ils s'étaient présentés après le paiement du reliquat, ils n'auraient eu de recours que contre les légataires ; se présentant plus

tôt, ils doivent en avoir un même contre les créanciers. » Et de fait, il y avait dans le projet un alinéa spécial ouvrant ce recours aux créanciers qui se présentaient avant l'apurement[1]. Mais omis ou retranché, ce texte n'existe plus, et il faudrait un texte pour autoriser une action contre des créanciers qui n'ont touché que ce qui leur était dû ; l'acceptation bénéficiaire n'a pas pour effet de réduire de plein droit les créances à un dividende. Du reste, on applique, en pareil cas, l'art. 503 C. com. d'après lequel les créanciers qui n'ont pas pris part aux premières répartitions reçoivent un dividende plus fort dans les dernières.

En résumé les créanciers non opposants ont *toujours* un recours contre les légataires et *jamais* contre d'autres créanciers. Un créancier privilégié, s'il est négligent, peut donc ne rien recevoir, tandis que des créanciers chirographaires seront entièrement payés.

2157. Système italien. — En Italie, on n'a pas imité cette imprévoyance du Code français : on a fixé un délai d'un mois pendant lequel l'héritier ne peut faire aucun paiement, même en l'absence d'opposition, et encore on réserve l'effet des droits de préférence (art. 976, al. 2).

2158. Situation des légataires. — Un légataire n'a jamais de recours contre les créanciers. De plus, quand il a omis de faire opposition, il n'en a même pas contre les autres légataires payés avant lui (art. 808 et 809 combinés). Les art. 926 et 927, qui établissent une réduction proportionnelle des legs, supposent les légataires en concours avec des réservataires.

Comme conséquence, on doit décider que le recours des créanciers impayés doit être dirigé d'abord contre les légataires qui se sont présentés les derniers. Le répartir proportionnellement entre eux tous serait donner indirectement un recours aux uns contre les autre.

§ 4. — *Du compte à rendre par l'héritier.*

2159. Principe. — L'héritier a un compte à rendre, en sa qualité d'administrateur dans l'intérêt d'autrui, bien que sa prétendue obligation de gérer se ramène pour lui à une pure faculté. Il y a encore un autre motif de le traiter comme un comptable, c'est qu'il ne peut rien retenir de la succession tant qu'il reste des dettes ou des legs non acquittés. Il faut qu'il établisse d'une façon régulière l'insuffisance des valeurs héréditaires et qu'il justifie n'en avoir tiré aucun profit personnel ; sinon, l'action en paiement reste ouverte contre lui.

[1] C'est l'existence de cet alinéa spécial, disparu de la rédaction définitive, qui explique la tournure de l'al. 2 actuel de l'art. 809 : « Dans *l'un et l'autre cas...* » Le texte primitif prévoyait en effet deux cas de recours ; il n'y en a qu'un aujourd'hui. On aurait donc dû modifier ce commencement de phrase quand on abandonna l'alinéa intermédiaire.

Ce compte peut lui être réclamé par toute personne qui a des droits non prescrits à faire valoir contre la succession.

2160. Formes. — Le compte peut être rendu à l'amiable, si tous les intéressés sont capables ; sinon il se fait en justice (art. 995 C. proc. civ.), dans les formes déterminées par les art. 527 et suiv. C. proc. civ.

2161. Sanction. — Si l'héritier refusait de rendre son compte, il serait contraignable sur ses biens personnels (art. 803, al. 2). Toutefois il n'est réputé *en demeure*, qu'après expiration du délai à lui fixé par le juge pour présenter son compte (art. 995 et 530 C. proc. civ.).

2162. Chapitre des recettes. — L'héritier doit tenir compte de toutes les valeurs provenant du défunt, même de celles qu'il a pu recouvrer par une action en nullité, en rescision, en résolution ou en retrait. Mais il n'en est pas de même des biens et valeurs obtenus par l'effet du *rapport* ou de la *réduction* : jamais les créanciers n'y ont droit (art. 857 et 921). Il est donc possible que la réduction ou le rapport permette à l'héritier d'un insolvable de conserver quelque chose sans payer les créanciers.

L'héritier n'est pas comptable des *intérêts* des sommes qu'il n'a pas placées, ni de la valeur des locaux qu'il a habités, à moins que le retard dans le placement ou dans la location ne soit excessif et ne lui soit imputable à faute.

2163. Chapitre des dépenses. — Ce chapitre comprend tout ce que l'héritier a acquitté au nom du défunt, même ce qu'il s'est payé à lui-même ; mais la jurisprudence exige qu'il ait effectivement retiré les sommes ou effets à lui dus. Y figurent également les frais de scellé, d'inventaire, de compte, etc. (art. 810), ainsi que les droits de mutation.

2164. Effet de l'apurement du compte. — Quand le compte est apuré, l'héritier peut être poursuivi même sur ses biens personnels pour le paiement du reliquat (art. 803, al. 3). Il en est constitué débiteur, et il n'y a plus alors d'intérêt à maintenir la séparation des deux patrimoines.

§ 5. — *De la cessation du bénéfice d'inventaire.*

A. — Cas où le bénéfice peut cesser.

1° Renonciation de l'héritier.

2165. Sa possibilité. — S'il est majeur et maître de son droit, l'héritier peut renoncer à un bénéfice établi dans son intérêt exclusif. Cela n'est pas douteux, bien que la loi n'en parle pas. Sa renonciation peut être *expresse* ou *tacite*. Aucune forme n'est nécessaire. C'est une pure question de fait à vérifier (Cass., 9 févr. 1874, D. 74. 1. 357)[1].

2° Déchéance de l'héritier.

* **2166. Causes.** — L'héritier peut perdre son bénéfice contre sa volonté dans deux cas : 1° s'il a commis une *fraude dans l'inventaire* des effets de la succession (art. 801); 2° s'il a *vendu un meuble ou un immeuble sans observer les formalités prescrites* (art. 805 et 806).

Dans ces deux cas la déchéance est prononcée contre l'héritier *à titre de*

[1] Voyez par exemple, pour la constitution d'une hypothèque sur les biens héréditaires, selon qu'elle est faite ou non dans l'intérêt personnel de l'héritier, Cass., 12 juin 1865, D. 65. 1. 444; Cass., 26 févr. 1912, D. 1913. 1. 364. Comp. Cass., 19 déc. 1888, D. 90. 1. 341.

peine, dans l'intérêt des créanciers. D'où il faut conclure que ces textes sont d'*interprétation stricte* et qu'il n'existe pas d'autres causes de déchéance que celles-là. Toute autre irrégularité, quelle qu'elle soit, laisse à l'héritier son bénéfice et constitue une simple *faute*, engageant sa responsabilité personnelle *dans la mesure du préjudice* qu'elle a causé aux créanciers, et non pas pour l'acquittement total du passif. Comp. Cass., 28 oct. 1908. D. 1909. 1. 169, et la note de M. De Loynes ; P. et S. 1911. 1. 89, et la note de M. Wahl.

*2167. **Conditions.** — D'après les art. 988 et 989 C. proc. civ., la déchéance est encourue par le seul fait que la vente a eu lieu sans formalités. Il n'y a pas lieu de chercher si l'omission a causé ou non un préjudice aux créanciers. Cependant d'anciens arrêts de 1820 et de 1828 veulent qu'on examine si la vente a été préjudiciable, et que, si elle ne l'a pas été, l'héritier ne soit pas déclaré déchu.

D'autre part, les causes de déchéance ne sont pas opposables à un héritier mineur. Voyez cependant ci-dessus, n° 1224.

B. — Effets de la cessation.

*2168. **Idée générale.** — Qu'il s'agisse de renonciation ou de déchéance, le résultat est identique : l'héritier bénéficiaire devient héritier pur et simple, et tous les effets que son bénéfice avait empêchés ou atténués se réalisent alors dans toute leur plénitude et sont réputés s'être produits dès le jour du décès.

*2169. **Maintien de la séparation des patrimoines au profit des créanciers.** — A ce principe certain, la jurisprudence a cependant apporté une dérogation considérable. Tant que le régime bénéficiaire durait, les créanciers héréditaires avaient pour gage exclusif les biens laissés par leur débiteur décédé, auxquels les créanciers personnels de l'héritier ne pouvaient pas toucher avant leur complet désintéressement. Ils n'avaient donc pas intérêt à demander à leur profit la *séparation des patrimoines*, comme la loi les y autorise (arr. 878 et suiv.), quand il estiment que l'héritier est lui-même insolvable. Ils s'en sont donc abstenus, parce que l'acceptation bénéficiaire leur procurait en fait le même avantage[1]. Et voici que l'héritier est déchu de son bénéfice et réputé héritier pur et simple ! La confusion des patrimoines, qui va se produire, peut être désastreuse pour eux.

La doctrine, toujours portée à résoudre les questions par le raisonnement abstrait, dit : « Il y a deux dangers différents, l'un qui menace l'hé-

[1] Cette séparation des patrimoines, qui est la conséquence du bénéfice d'inventaire, en résulte de plein droit, sans que les créanciers du défunt ou ses légataires aient à remplir aucune formalité, et notamment sans qu'ils aient besoin de s'inscrire dans le délai de six mois comme le veut l'art. 2111 (Cass., 3 août 1857, D. 57. 1. 336 ; Cass., 11 janv. 1882, D. 82. 1. 364).

ritier, l'autre qui menace les créanciers du défunt ; à chacun d'eux il y a un remède, le bénéfice d'inventaire pour l'héritier, la séparation des patrimoines pour les créanciers. L'espèce particulière de séparation qui résulte indirectement pour les créanciers du bénéfice d'inventaire n'est pas établie en leur faveur ; elle n'est pas pour eux un *droit acquis* ; elle doit donc disparaître avec sa cause. »

Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette opinion : elle juge d'une manière constante qu'il y a là un droit acquis pour les créanciers héréditaires, dont ils ne peuvent être privés par le fait de l'héritier. La séparation ne peut pas être *demandée* par les créanciers, puisqu'elle est déjà *opérée* par le bénéfice ; les deux patrimoines ne sont pas confondus[1]. Jurisprudence constante : voyez DALLOZ, *Suppl.*, v° Successions, n°s 612-614, et les arrêts cités ci-dessus, n° 2108 *bis*.

CHAPITRE IV

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

§ 1. — *Notion générale.*

****2170. Son utilité.** — Par l'effet de la transmission héréditaire, le patrimoine du défunt se confond avec le patrimoine de l'héritier et tous deux n'en font plus qu'un.

Cette confusion offre un danger pour les créanciers : si le défunt était solvable, tandis que son héritier est ruiné, les créanciers du défunt, qui étaient sûrs d'être payés intégralement, vont se trouver en perte par le concours des créanciers personnels de l'héritier, avec lesquels ils vont avoir à partager leur gage. On remédie à cet inconvénient en permettant aux créanciers héréditaires de demander la *séparation des patrimoines,* c'est-à-dire de distinguer entre les mains de l'héritier deux masses de biens, avec le passif correspondant, pour se faire payer sur les biens laissés par leur débiteur décédé, à l'exclusion de tous autres.

[1] Cependant il pourrait être utile aux créanciers d'une succession de demander la séparation des patrimoines, quoique l'héritier ait accepté sous bénéfice d'inventaire ; ils y trouveraient le double avantage suivant : 1° s'il y a des cohéritiers qui aient accepté purement et simplement, le bénéfice de la séparation sera maintenu aux créanciers même après le partage (Bordeaux, 4 janv. 1898. D. 99. 2. 473) ; 2° s'ils demandent la séparation et prennent inscription conformément à l'art. 2111, ils auront le droit de suite ; s'ils s'en tiennent à la séparation résultant du bénéfice d'inventaire, ils n'auront qu'un droit de préférence (CÉZAR-BRU, dans le DALLOZ, *loc. cit.*).

2171. Origine romaine. — Ce bénéfice est d'origine ancienne. Institué par le Préteur, il a toujours été conservé depuis (art. 878 à 881, modifiés par l'art. 2111. — Comp. L. 11 brumaire an VII, art. 14). Toutefois plus d'un changement remarquable s'est produit : la séparation a cessé d'être une mesure collective, pour devenir un bénéfice individuel, dont chacun use à sa guise. Ses effets aussi sont gravement modifiés.

§ 2. — *Cas d'application.*

***2172. Par qui la séparation peut être demandée.** — Le bénéfice est institué au profit des *créanciers de la succession* et des *légataires,* et d'eux seuls.

1° Créanciers. — Tout créancier, chirographaire ou privilégié ou hypothécaire, peut demander la séparation, même s'il n'a pas de titre écrit, même si son droit est à terme ou conditionnel.

2° Légataires. — Il ne s'agit pas ici des légataires universels ou à titre universel, qui sont « loco heredum » ; c'est contre eux, au besoin, que la séparation fonctionnerait. Le bénéfice ne peut servir qu'aux *légataires particuliers,* et encore parmi eux les légataires de corps certains, qui sont propriétaires, dès le décès, des objets à eux légués, n'en ont pas besoin ; ils n'ont pas à redouter le concours des créanciers de l'héritier. Restent donc uniquement les *légataires de sommes d'argent.* De ceux-là, il n'est pas fait mention dans les art. 878 et suiv., qui règlent la séparation des patrimoines, mais la tradition leur accorde le même droit qu'aux créanciers, et l'art. 2111 les nomme expressément. Comp. Lyon, 6 juill. 1892, D. 93. 2. 96, S. 92. 2. 280.

Le droit de demander la séparation appartient individuellement à chacun des créanciers ou légataires ; l'inaction des uns n'empêche pas les autres d'agir.

***2173. Droits des créanciers de l'héritier.** — La confusion des deux patrimoines peut causer un préjudice tout aussi considérable aux créanciers de l'héritier, si on suppose que cet héritier avait à peu près de quoi les payer, tandis que le passif héréditaire est de beaucoup supérieur à l'actif ; cependant l'art. 881 leur refuse formellement le droit de demander la séparation. Cette décision est logique : pour les créanciers de l'héritier, rien n'est changé ; ils ont toujours le même débiteur. Il est vrai qu'il se trouve maintenant tenu de nouvelles dettes, mais rien n'empêche un débiteur déjà insolvable de contracter d'autres obligations : « Licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui deteriorem facere conditionem » (Ulpien, au *Digeste,* liv. XLII, tit. 6, fr. 1, § 2). Notre droit actuel est sur ce point conforme au droit romain. Mais aux xviie et xviiie siècles la pratique permettait, par réciprocité, aux créanciers de l'héritier de demander la séparation des patrimoines. C'est cette pratique combattue par Lebrun (*Successions,* liv. IV,

chap. II, sect. 1, n° 16) et par POTHIER (*Successions*, chap. v, art. 4), que les auteurs du Code ont entendu condamner en écrivant l'art. 881.

Il ne reste plus aux créanciers de l'héritier que la ressource de l'action Paulienne, si la succession insolvable a été frauduleusement acceptée par leur débiteur.

2174. Contre qui la séparation est demandée. — La demande est dirigée, non contre l'héritier, mais *contre ses créanciers*.

Elle peut l'être, soit contre eux tous, soit contre un seul ou plusieurs, selon l'occasion.

Au cas où les créanciers de l'héritier sont inconnus, la jurisprudence autorise la demande formée contre l'héritier lui-même (Paris, 2 nov. 1889, D. 90. 2. 285, S. 90. 2. 215).

2175. Pour quels biens la séparation est possible. — Tous les biens qui composaient *le patrimoine du défunt*, et qui servaient de gage à ses créanciers, sont affectés à leur paiement exclusif, ainsi que les *fruits* produits par ces biens depuis le décès et qui sont également compris dans l'effet du bénéfice, par application de la règle « Fructus augent hereditatem ». — Les rentes sur l'État, que la jurisprudence actuelle ne considère plus comme absolument insaisissables, n'échappent pas à l'effet de la séparation. Sur l'insaisissabilité des rentes, voyez t. II, nos 184-185.

La séparation a donc un certain caractère d'*universalité*. Il en résulte que le droit des créanciers ou légataires séparatistes porte non seulement sur les choses mêmes qui ont appartenu au défunt, mais *sur le prix en provenant* [1] quand ils ont été vendus par l'héritier. On fait ici l'application de l'adage : « In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei « (Caen, 9 févr. 1860, D. 60 2. 193).

Néanmoins il n'est pas nécessaire que les créanciers agissent par voie de mesure générale pour l'ensemble des biens : ils ont le droit de demander la séparation seulement pour certains biens pris à part, par exemple sur un immeuble qui leur paraît suffisant pour assurer leur paiement.

§ 3. — *Formes du bénéfice.*

***2176. Son mode d'exercice.** — En droit romain la *separatio bonorum* se présentait sous la forme d'un incident de la *bonorum venditio* : les biens étant vendus en bloc, ceux de la succession en même temps que ceux de l'héritier, les créanciers du défunt demandaient qu'on fît deux parts dans le prix, pour leur attribuer exclusivement celle qui représentait la valeur de la succession. Aucune modification n'a été directement apportée à ce procédé : seul le système de la vente en masse a été abandonné et remplacé par des poursuites individuelles, en dehors du cas de faillite d'un commerçant. C'est donc toujours sous cette forme que les créanciers exerceront leur droit : quand un bien provenant de la succession sera vendu,

[1] Il faut supposer que le prix n'a pas encore été versé à l'héritier, car si l'acheteur l'avait déjà payé, il se serait confondu avec les biens personnels de l'héritier et la séparation ne serait plus possible pour lui.

ils demanderont à être payés sur le prix par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

****2177. Nécessité d'une inscription sur les immeubles.** — Aucune formalité n'était requise dans l'ancien droit, et il en est encore ainsi pour les meubles, mais le Code civil a établi une *formalité particulière pour les immeubles* : il veut que les créanciers *prennent inscription pour conserver leur droit.*

Cette inscription doit être prise *dans les six mois qui suivent le décès* (art. 2111), auquel cas le privilège des créanciers et légataires est conservé avec toute son efficacité. Après les six mois, l'inscription peut encore être prise, mais les créanciers risquent de se trouver primés par des créanciers hypothécaires inscrits sur les mêmes biens du chef de l'héritier : au lieu d'être privilégiés, ils ne sont plus que des créanciers hypothécaires ordinaires (art. 2113). Sur l'effet de l'expiration du délai, comparez t. II, n°s 3149 et suiv. Sur les conditions qui rendent possible la radiation de l'inscription, voyez Cass., 25 janv. 1910, D. 1910, 1. 177, P. et S. 1910. 1. 449.

2178. Cas où l'inscription est inutile. — On a déjà vu (ci-dessus, n° 2169) que les créanciers héréditaires et les légataires n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines, quand l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire. Ils profitent alors de la séparation qui résulte du bénéfice. Par suite, ils n'ont pas besoin de prendre l'inscription de l'art. 2111, et ils conservent leur situation privilégiée même après que l'héritier a renoncé à son bénéfice ou en a été déclaré déchu. La publicité de la déclaration faite au greffe par l'héritier a paru suffisante pour avertir les tiers du droit qui en résultait pour les créanciers du défunt. C'est donc un cas où le bénéfice de la séparation est acquis de plein droit aux créanciers sans qu'ils aient à remplir aucune des conditions ou formalités prescrites par les art. 878 et 2111.

Ce cas est-il le seul ? Un créancier hypothécaire du défunt, régulièrement inscrit sur un immeuble de la succession, a-t-il besoin de prendre en outre l'inscription spéciale de l'art. 2111, s'il veut éviter de se voir primé par les créanciers *privilégiés* de l'héritier ? La jurisprudence paraît actuellement admettre la nécessité de cette inscription (Grenoble, 12 févr. 1909, P. et S. 1910. 2. 1, et la note de M. Wahl, avec les renvois).

***2179. Inutilité d'une demande en justice.** — Ordinairement le droit des créanciers et légataires est reconnu sans contestation, la preuve à fournir n'étant pas difficile. S'il est contesté, il faudra plaider, mais il est inexact de dire qu'alors la séparation est « demandée » à la justice : les juges n'ont ni à accorder ni à refuser un bénéfice qui est écrit dans la loi, tout autant que le bénéfice d'inventaire de l'héritier ou le bénéfice de division de la caution. En disant que les créanciers peuvent « demander » la séparation, l'art. 878 n'a donc pas en vue une demande introduite sous la forme d'une requête au tribunal : on s'est servi de ce mot parce que le prix étant mis en distribution au moyen d'une procédure réglée par le juge, il faut bien que les créanciers lui « demandent » d'opérer la séparation, laquelle est de droit quand elle est demandée [1].

[1] L'opinion qui croit à la nécessité d'une demande en justice est cependant assez

2180. Comment une instance devient nécessaire. — Néanmoins on voit parfois dans la pratique la séparation donner lieu à une instance en justice. C'est que le bénéfice de la séparation n'est pas resté un *simple droit de préférence*, s'exerçant sous la forme d'une distribution d'argent entre deux masses distinctes de créanciers. Il se bornait à cela en droit romain, parce qu'il supposait toujours la vente faite, et une vente générale des biens. Mais en France cette vente n'a pas toujours lieu tout de suite : on ne sait même pas quand elle pourra se faire ; les créanciers personnels de l'héritier, auxquels le bénéfice sera opposable, n'agissent pas encore, et ne sont peut-être même pas connus ; la jurisprudence va jusqu'à admettre que la séparation peut être demandée sans que l'héritier ait des créanciers : les créanciers agissent alors *à titre conservatoire* pour se réserver éventuellement le bénéfice que la loi leur accorde, contre une confusion de patrimoines qui pourrait, *dans l'avenir*, leur devenir fatale Dans ces conditions, il est clair que *deux effets nouveaux*, inconnus du droit romain, se produisent :

1° Les créanciers vont prendre diverses mesures destinées à empêcher la confusion de la succession avec les biens de l'héritier (ci-dessous, n° 2190) ;

2° Ils agissent *contre lui* et non plus contre ses créanciers. Le droit de ceux-ci est suffisamment protégé par la faculté qu'ils ont d'intervenir dans l'instance pour s'opposer aux décisions que les créanciers et légataires séparatistes sollicitent de la justice (Paris 15 nov. 1856, D. 57. 2. 195, S. 57. 2. 8 ; Paris, 2 nov. 1889, D. 90. 2. 285, S. 90. 2. 215 ; Lyon, 6 juill. 1892, D. 93. 2. 96).

§ 4. — *Effets du bénéfice.*

A. — Fiction servant à le réaliser.

***2181. Conception romaine.** — Dans son institution primitive, la séparation était une sorte de *rescision fictive de l'acceptation* ; les créanciers étaient réputés avoir toujours le défunt pour débiteur, et non l'héritier, qu'ils avaient refusé d'accepter comme tel. Quelques auteurs modernes tiennent encore le même langage, mais ce n'est plus qu'un anachronisme.

****2182. Système français.** — La séparation ne résout pas l'acceptation ; l'héritier reste héritier et il est vraiment le débiteur des créanciers du défunt et des légataires. Le bénéfice se résout en un simple *droit de préférence* ou *privilège* accordé aux créanciers qui tiennent leur titre du défunt, et ce droit de préférence s'obtient à l'aide d'une séparation de deux masses

répandue, et s'appuie sur le mot « demande » de l'art. 878 et sur le mot « action » de l'art. 880. Nulle part les lois nouvelles, entre autres le Code de procédure, n'ont établi la nécessité de cette procédure, et il serait bien étrange qu'elle eût été ainsi instituée par prétérition, alors qu'elle n'était pas nécessaire dans l'ancien droit. Le langage du Code s'explique : il était déjà celui de nos anciens auteurs (LEBRUN, *Successions*, liv. IV, chap. II, sect. 1, nos 11 et suiv.) et semble remonter au temps où il était d'usage de demander des lettres royaux comme pour le bénéfice d'inventaire (LEBRUN, *ibid.*, n° 25). Cet usage disparut et le langage resta. — En droit romain, la séparation devait être demandée au Préteur et prononcée par lui : « An admittenda separatio sit necne, prætoris erit vel præsidis notio... hoc est ejus qui separationem indulturus est » (ULPIEN, au *Digeste*, liv. XLII, titre 6, fr. 1, § 14). Ceci tenait à ce que le préteur, qui avait organisé lui-même la séparation, en appréciait les *conditions* ; aujourd'hui ces conditions sont *déterminées par la loi* ; on n'a donc rien à solliciter du juge, qui commettrait un déni de justice, s'il refusait le bénéfice quand les conditions sont remplies.

de biens entre les mains de l'héritier, qui se trouve ainsi avoir *deux patrimoines* au lieu d'un, par dérogation aux règles ordinaires. *La fiction a donc changé d'objet* : on ne suppose plus que le défunt vit encore ; on suppose que l'héritier a double patrimoine.

B. — Questions diverses relatives au paiement des créanciers.

2183. Question du droit de suite. — Les créanciers et légataires séparatistes ont un droit de préférence contre les créanciers personnels de l'héritier : ce droit est le but même l'institution du bénéfice ; la loi le suppose dans l'art. 878 en disant que la séparation est demandée « contre tout créancier ». Mais la nécessité de l'inscription ordonnée par le Code civil (art. 2111) et la façon dont la loi en parle ont fait admettre par la jurisprudence que ce droit de préférence était devenu, sur les immeubles tout au moins, *une véritable hypothèque* donnant aux créanciers et légataires inscrits *le droit de suite contre les tiers acquéreurs*. La question a été examinée à propos des hypothèques (t. II, nos 2928 à 2930 et 3165) ; nous n'y reviendrons pas, et nous nous bornerons à rappeler que cette jurisprudence a ajouté au bénéfice de la séparation un effet supplémentaire qui peut paraître inutile.

* **2184. Division des dettes entre les héritiers.** — On a soutenu que la séparation des patrimoines mettait obstacle à la division des dettes entre les héritiers du défunt. C'est une idée fausse, qui se rattache à l'ancienne conception romaine selon laquelle il se produisait une véritable rescision de l'acceptation par l'effet du bénéfice. D'ailleurs, cette idée est actuellement abandonnée : les dettes du défunt se fractionnent, la séparation est demandée *contre chaque héritier individuellement*, et elle se fait tout aussi bien après que la succession a été partagée entre eux. Les art. 873 et 1220 formulent le principe de la division des dettes ; l'art. 1221 énumère les exceptions, et la séparation n'y figure pas. Comp. ci-dessus, n° 2103, en note.

2185. Relations des créanciers entre eux. — Depuis que la séparation est devenue un bénéfice individuel, une question nouvelle s'est posée : au cas où les uns font usage de leur droit tandis que les autres s'abstiennent, la séparation modifie-t-elle la situation respective des créanciers du défunt dans leurs rapports entre eux ? La diligence des uns ne profite pas aux autres, mais ne peut pas leur nuire. Ceux qui demandent la séparation doivent donc obtenir *tout ce qu'ils auraient eu si tout le monde avait fait comme eux*, sans rien de plus. C'est un calcul à faire, d'après les chiffres qui varient avec chaque espèce. Ce qui n'est pas attribué de la sorte aux créanciers diligents, reste dans le patrimoine de l'héritier et se partage entre ses propres créanciers et ceux des créanciers du défunt qui sont devenus ses créanciers personnels faute d'avoir demandé la séparation (Douai, 27 mars 1889, sous Cass., D. 93. 1. 465).

2186. Relations entre créanciers et légataires. — On suit ici une vieille règle romaine : « Nemo liberalis nisi liberatus » [1], qui s'applique toutes les fois que les

[1] Sur cette règle, voir la thèse de M. Sourdois, Bordeaux, 1906.

créanciers et les légataires d'une personne décédée sont réduits à se payer sur les biens qu'elle a laissés. On paie d'abord les créanciers, et les légataires prennent ce qui reste, s'il reste quelque chose. Un légataire qui demanderait la séparation n'est donc pas sûr d'obtenir ce qui lui est dû : il n'aura rien si le défunt est mort insolvable.

* **2187. Droits des créanciers du défunt sur les biens de l'héritier.** — Sur ce point le droit français se sépare notablement des solutions romaines.

En droit romain, la *separatio bonorum* produisait *un effet bilatéral* : elle empêchait les créanciers de l'héritier de concourir avec ceux du défunt sur les biens de la succession ; en retour, elle empêchait également les créanciers du défunt de se faire payer par l'héritier : ils n'avaient pas voulu de lui pour débiteur. De la sorte chaque masse de créanciers était payée séparément sur la masse de biens correspondante.

En droit français, il n'en est plus de même : malgré la séparation, *les créanciers et les légataires du défunt concourent sur les biens de l'héritier avec ses propres créanciers*. La séparation, introduite en leur faveur, ne peut se retorquer contre eux. Telle est, du moins, l'opinion qui a prévalu (Aubry et Rau, t. IV, § 619, note 64 ; Demolombe, t. XVII, n° 220). Son principal argument est qu'il y a bien un privilège établi par la loi en faveur des créanciers de la succession, mais qu'il n'y en a aucun en faveur des créanciers de l'héritier. L'acceptation n'est pas rescindée, et les créanciers personnels de l'héritier qui a accepté doivent subir le concours des créanciers nouveaux qui ont acquis des droits contre leur débiteur.

On admet même que les créanciers du défunt n'ont pas besoin d'attendre la liquidation de la succession pour exercer les droits qu'ils possèdent sur le patrimoine propre de l'héritier (Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 958).

2188. Solution contraire dans l'ancien droit. — Cette opinion moderne est très remarquable parce qu'elle est contraire à la tradition. Pothier n'autorisait les créanciers du défunt à se faire payer sur les biens de l'héritier qu'après que les créanciers personnels de celui-ci avaient été désintéressés : cela lui semblait équitable comme conséquence du privilège qu'on leur reconnaissait sur les biens de la succession (*Œuvres*, édit. Bugnet, t. VIII, p. 221). Il suivait en cela une opinion particulière à Papinien [1], mais qui n'avait pas été approuvée par les autres jurisconsultes (voyez les observations de M. Bugnet, *ibid.*, note 1).

C. — Mesures possibles dans l'intérêt des créanciers.

2189. Leur raison d'être. — On déjà vu que la nécessité de ces mesures résulte de l'abandon du système romain qui employait une procédure générale pour la vente en

[1] La décision donnée par Pothier était d'ailleurs elle-même un progrès sur la tradition romaine, car dans le système qui prévalait dans l'antiquité on refusait aux créanciers séparatistes tout droit sur les biens de l'héritier, *même après le complet désintéressement des créanciers*. « Recesserunt a persona heredis », disaient Paul et Ulpien, qui condamnaient l'avis de Papinien. Il en résulte que le droit a franchi sur ce point trois étapes successives : 1° refus absolu d'action contre l'héritier (système romain) ; 2° paiement des créanciers séparatistes après ceux de l'héritier (opinion personnelle de Papinien, adoptée par Pothier) ; 3° concours de ces créanciers avec ceux de l'héritier (opinion actuelle).

masse des biens du débiteur (ci-dessus, n° 2180). En attendant l'emploi des voies d'exécution, les créanciers sont autorisés à prendre diverses mesures conservatoires.

2190. Leur nature. — Les créanciers peuvent d'abord faire poser les scellés, faire dresser un inventaire et mettre ensuite les meubles sous séquestre pour empêcher la confusion de fait avec ceux de l'héritier, qui leur ferait perdre le droit de demander plus tard la séparation.

Ils peuvent même notifier à l'héritier leur intention d'exercer leur privilège en temps et lieu, ou, s'ils rencontrent quelque résistance de sa part, exercer contre lui une action en justice.

La plupart des auteurs s'arrêtent là et n'admettent pas que les créanciers fassent restreindre le droit d'administration de l'héritier, par exemple en frappant de saisie-arrêt les créances héréditaires (Aubry et Rau, t. VI, § 619, texte et notes 60 et 61 ; Huc, t. V, n° 422). D'autres vont plus loin et pensent que les tribunaux peuvent ordonner toutes les mesures qu'ils jugeront utiles, par exemple obliger l'héritier à fournir caution ou à vendre le mobilier et à en déposer le prix dans une caisse publique (Demolombe, t. XVII, n° 146 ; Garsonnet, t. III, § 589).

La jurisprudence paraît disposée à adopter la seconde opinion (Cass., 16 août 1869, D. 69. 1. 463, S. 69. 1. 417 ; Amiens, 22 mai 1889, S. 91. 2. 131).

§ 5. — *Causes d'extinction.*

2191. Énumération. — Le droit de demander la séparation des patrimoines est perdu :

1° D'une façon générale et complète, *quand les créanciers ont accepté l'héritier pour débiteur* ;

2° D'une façon relative, *pour les biens meubles ou immeubles aliénés par l'héritier* ;

3° Pour les meubles, *au bout de trois ans* à compter du décès ;

4° Pour les meubles encore et avant les trois ans, quand ils ont été *confondus avec ceux de l'héritier.*

Voilà quatre causes d'extinction, d'où dérivent autant de conditions diverses à l'exercice du droit.

A. — Acceptation de l'héritier pour débiteur.

2192. Formule du Code. — Aux termes de l'art. 879, la séparation ne peut plus être demandée « lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'héritier pour débiteur ». Cet article est un de ceux qui montrent le mieux comment les idées juridiques se transforment d'une manière latente et à quel point leurs changements échappent au législateur.

2193. Origine de cette disposition. — Dans la théorie romaine, on supposait que les créanciers avaient encore le défunt pour débiteur, mais la fiction cessait naturellement lorsqu'ils avaient remplacé leur créance contre le défunt par une créance nouvelle contre l'héritier : « Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare sepa-

rationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt » *Digeste*, liv. XLII, tit. 6, fr. 1, § 10). En parlant ici de novation le jurisconsulte romain prenait ce mot dans son sens technique, parce que les novations étaient d'un usage fréquent chez les anciens.

Nos anciens auteurs traduisaient de leur mieux ce passage, sans s'apercevoir qu'il n'avait plus grande raison d'être, les novations étant fort rares chez nous. Pothier refusait aux créanciers le droit de demander la séparation, « lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avaient contre le défunt en une créance contre son héritier en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt, car par là ils cessent d'être créanciers du défunt et deviennent plutôt créanciers de l'héritier » (*Successions.*, chap. X, append.). C'est de là que l'art. 987 a été tiré.

2194. Sens actuel de cette règle. — Les auteurs du Code ont renversé l'ordre logique des idées : ils font résulter la novation de l'acceptation de l'héritier pour débiteur, alors que pour Pothier et pour les anciens c'était l'inverse : la novation était la cause, et la substitution de l'héritier au débiteur défunt n'en était que l'effet. De plus, dans le droit moderne, il ne peut plus y avoir en pareil cas de novation par changement de débiteur : l'acceptation n'étant pas fictivement rescindée par la séparation, les créanciers séparatistes ont réellement l'héritier pour débiteur, et comme celui-ci est réputé continuer la personne du défunt, la novation par changement de personne est impossible.

Il suit de là que le mot « novation » ne doit pas être pris dans son sens technique et c'est un point que tout le monde admet. Cette partie de l'article est pour ainsi dire une formule morte. Il ne reste plus, comme étant encore applicable, que la décision principale qui déclare les créanciers déchus de leur droit quand ils ont accepté l'héritier comme débiteur. On peut la traduire ainsi : la loi leur donne un bénéfice ; ils peuvent le perdre en y renonçant, en montrant par leurs actes qu'ils estiment n'en avoir pas besoin. Et c'est bien en effet à ce résultat qu'arrive la jurisprudence.

2195. Jurisprudence. — Du reste, la jurisprudence interprète la loi d'une manière large, qui évite tous les inconvénients que cette disposition pourrait avoir. Si l'on suivait les opinions émises dans la doctrine, on considérerait les créanciers comme ayant accepté l'héritier pour débiteur toutes les fois qu'ils ont obtenu de lui une garantie (caution, gage ou hypothèque), ou même lorsqu'ils ont exercé des voies d'exécution sur ses biens ; mais leur avis n'est pas observé en pratique. Il a été jugé que les créanciers peuvent passer un traité nouveau avec l'héritier pour proroger l'exigibilité de la dette, même en obtenant de lui des sûretés sur ses biens personnels, tout en conservant leur privilège, pourvu qu'ils expriment clairement leur intention à cet égard (Grenoble, 9 janv. 1891, D. 91. 2. 193, S. 92. 2. 81). Autre solution analogue, Cass., 12 juill. 1900, S. 1901. 1. 441 et la note de M. Naquet. Voyez cependant pour le cas où les créanciers se sont fait donner une caution, Paris, 2 nov. 1889, D. 90. 2. 285, S. 90. 2. 215.

Il a été jugé dans le même sens que les créanciers ne sont pas considérés comme

ayant nové leur créance en dirigeant une demande contre l'héritier personnellement et en demandant par le même exploit la séparation des patrimoines (Aix, 4 déc. 1893, D. 95. 2.27 3, S. 96. 2. 17). Comme le dit M. de Loynes en note dans le Dalloz sous ce dernier arrêt, il ne suffit pas que les créanciers se gèrent comme créanciers de l'héritier (c'est un droit qui ne leur est plus contesté aujourd'hui) ; il faut *qu'ils l'acceptent pour unique débiteur*. Cela revient à dire que la séparation n'est plus aujourd'hui qu'un privilège comme les autres, que les créanciers conservent tant qu'il n'y ont pas renoncé. Comp. Mérignac, note sous Toulouse, 19 déc. 1907, D. 1908. 2. 97.

B. — Aliénation des biens par l'héritier.

2196. Observations générales. — L'aliénation fait perdre aux créanciers le droit de demander la séparation *aussi bien pour les immeubles que pour les meubles*, mais elle ne le leur enlève que *relativement aux biens aliénés*.

Si les créanciers perdent alors leur droit, c'est que le bien n'est plus dans le patrimoine du débiteur ; il n'est plus dans leur gage, et le conflit entre les deux masses de créanciers n'est plus possible. La séparation serait sans objet.

Cette cause de déchéance doit être étudiée séparément pour les meubles et pour les immeubles.

2197. Aliénation des meubles. — Il n'est dit nulle part que l'aliénation des meubles éteigne le droit des créanciers, mais cela est sous-entendu ; puisque la loi le dit pour les immeubles, la même chose doit arriver à plus forte raison pour les meubles ; c'est d'ailleurs une solution traditionnelle.

Il n'y a pas lieu de distinguer entre les meubles corporels et les meubles incorporels. Le droit des créanciers s'éteint, quelle que soit la nature du meuble aliéné.

2198. Aliénation des immeubles. — Pour eux nous avons un texte formel : l'al. 2 de l'art 880, d'après lequel « l'action peut être exercée *tant qu'ils existent dans la main de l'héritier* ». Mais sa disposition a été profondément modifiée par l'interprétation que la jurisprudence a donnée des art. 2111 et 2113 : sous la seule condition d'avoir pris une inscription avant l'aliénation, les créanciers conservent leur droit sur les immeubles héréditaires : ils ont le droit de les *suivre*, même après qu'ils sont sortis des mains de l'héritier. Tout ce qui reste de la disposition de l'art. 880, c'est que l'*inscription* ne peut plus être prise quand les immeubles ont été aliénés ; mais quand elle l'a été en temps utile, le *bénéfice* peut encore être exercé sur eux malgré l'aliénation.

2199. Survie du droit de préférence sur le prix. — Quand un meuble a été vendu et que l'acheteur a déjà payé son prix, tout est consommé. Mais si le prix est encore dû, la séparation peut être demandée et la somme versée par l'acquéreur sera attribuée exclusivement aux créanciers

du défunt et à ses légataires (Cass., 7 août 1860, D. 60. 1. 506, S. 61. 1. 257). Cette solution est conforme aux traditions et aux principes généraux : le droit de préférence qu'un créancier a sur une chose se reporte sur le prix, et même ne peut s'exercer que sur ce prix.

La même solution devrait s'appliquer au prix provenant de la vente d'un immeuble sur lequel les créanciers et légataires auraient omis de s'inscrire.

C. — Délai de trois ans.

2200. Comparaison avec les systèmes antérieurs. — A l'égard des immeubles, le droit de demander la séparation est *imprescriptible*, tant que l'héritier en conserve la propriété (art. 880, al. 2). Il en était ainsi dans l'ancien droit même pour les meubles : aucun délai n'avait été fixé, alors qu'en droit romain on considérait les créanciers comme ayant renoncé à la « separatio bonorum » quand ils laissaient s'écouler cinq ans à partir de l'adition sans la réclamer (*Dig.*, liv. XLII, tit. 6, fr. 1, § 13).

Entre ces deux systèmes, les auteurs du Code ont opéré un mélange : ils ont établi un délai de trois ans pour les meubles (art. 880, al. 1er), tout en conservant le système antérieur pour les immeubles. Leur pensée est sans doute que les meubles se confondent facilement avec ceux de l'héritier et qu'au bout de trois ans ils seraient trop difficiles à distinguer pour opérer la séparation. Toutefois ce motif n'a de valeur que pour les meubles corporels, et la règle qu'ils ont établie est générale et s'applique même aux créances et autres meubles incorporels.

2201. Difficulté pour le prix de vente des immeubles. — Pendant combien de temps la séparation pourra-t-elle être demandée pour le prix de vente d'un immeuble aliéné par l'héritier ? On a soutenu que la séparation serait impossible au bout de trois ans parce que la créance du prix est une chose mobilière : mais comme le prix est subrogé à l'immeuble, le bénéfice des créanciers doit subsister à son égard dans les mêmes conditions qu'auparavant, d'autant plus que la loi fait courir les trois années *du jour de l'ouverture*, ce qui montre qu'elle entend appliquer ce délai uniquement aux meubles venant du défunt. Autrement le délai pourrait se trouver fini même avant la vente de l'immeuble, ce qui serait absurde.

D. — Confusion du mobilier.

2202. Ses effets. — Même avant l'expiration du délai de trois ans, le droit des créanciers est perdu quand les meubles du défunt ont été confondus avec ceux de l'héritier. — La loi est muette sur ce point, mais l'extinction

du bénéfice est inévitable, puisqu'il y a alors un *obstacle de fait* qui rend la séparation impossible ; on est bien obligé d'en tenir compte.

Pour éviter ce danger qui les menace les créanciers sont autorisés à prendre diverses mesures conservatoires (ci-dessus, nos 2189-2190).

Par sa nature, cette cause d'extinction est partielle ; elle a lieu dans la mesure où la confusion s'est produite, et ne se conçoit guère que pour les meubles.

RELATIONS DES HÉRITIERS ENTRE EUX

CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS

****2203. Définition.** — On appelle « rapport » *l'acte par lequel un héritier, appelé avec d'autres à recueillir une succession, joint à la masse à partager certains biens ou valeurs provenant du défunt* et dont il est seul détenteur à un autre titre.

Le rapport suppose donc la *pluralité d'héritiers*. Il a un *caractère obligatoire* pour celui qui y est soumis.

2204. Plan. — L'objet naturel et principal du rapport est une *libéralité* (don ou legs) reçue du défunt par l'héritier. Toutefois la loi française oblige également l'héritier à apporter « les sommes dont il est débiteur » (art. 829). Ce *rapport des dettes* soulève des difficultés spéciales dont nous traiterons à part, après avoir étudié uniquement tout d'abord le *rapport des dons et des legs*.

§ 1. — *Notions historiques et critiques.*

2205. Origines romaines. — Le rapport n'existait pas dans le droit primitif. Il fut introduit par le Préteur quand il permit aux enfants émancipés de succéder à leurs parents : on les obligea à rapporter les biens qu'ils avaient acquis pour leur compte depuis leur émancipation, et qui seraient devenus la propriété de leur *pater*, s'ils étaient restés sous sa puissance. Cette première application de la *collatio bonorum* n'avait aucune ressemblance avec notre rapport actuel. Mais quand les enfants restés en puissance eurent eux-mêmes acquis le droit de posséder en propre des biens distincts du patrimoine paternel, la *collatio* changea d'objet : au lieu de s'appliquer à tout ce que l'enfant émancipé avait acquis d'une manière quelconque, elle ne fut plus exigée que pour ce qu'il avait reçu du père, et les enfants en puissance y furent eux-mêmes soumis.

2206. Pays de droit écrit. — On y suivait sur ce point les maximes romaines. Le rapport n'y avait jamais lieu que dans les *successions déférées aux descendants* (inter fratres) ; il ne s'appliquait qu'aux *donations* reçues entre vifs et jamais aux legs ; on pouvait toujours *s'en affranchir en renonçant*.

2207. Pays coutumiers. — En cette matière les coutumes variaient beaucoup. Voici quel était le droit commun.

A. — On admettait la règle romaine pour les *donations* : le rapport n'en était dû que par les *descendants*. L'extension aux ascendants du rapport des dons était une exception.

B. — On avait introduit une *règle nouvelle pour les legs* : le rapport en était dû

même en ligne collatérale ; nul ne pouvait être en même temps héritier et légataire (*Coutume de Paris*, art. 300); il y avait *incompatibilité* entre ces deux qualités.

C. — Sur le caractère *obligatoire* ou *facultatif* du rapport les coutumes se partageaient en trois groupes :

1° Coutumes d'égalité parfaite. — Elles ne laissaient à l'héritier aucun moyen d'échapper au rapport : le défunt ne pouvait pas l'en dispenser, et lui-même ne pouvait pas s'y soustraire en renonçant. Ces coutumes, qui représentaient nos plus vieilles traditions, étaient peu nombreuses et groupées dans le bassin de la Loire (Anjou, Maine, Touraine).

2° Coutumes de simple égalité. — Le défunt ne pouvait pas accorder de dispense, mais l'héritier pouvait se dispenser lui-même du rapport en renonçant : il avait donc l'*option* entre son don ou legs et sa qualité d'héritier. Aussi appelait-on souvent ces coutumes « coutumes d'option ». C'étaient les plus nombreuses ; celle de Paris étant du nombre (art. 303-307), elles représentaient le droit commun.

3° Coutumes de préciput. — Celles-ci autorisaient le disposant à accorder une *dispense de rapport*, ce qui permettait au successible gratifié de recueillir son don tout en prenant sa part dans la succession et en sus de cette part, *par préciput*. Elles n'étaient pas très nombreuses (Berry, Bourbonnais, Nivernais, etc.).

2208. Législation intermédiaire. — Avec son esprit exagéré d'égalité, la loi du 17 nivôse an II consacra le système des coutumes d'égalité parfaite, le rapport était toujours obligatoire (art. 16 et suiv.) Mais cette loi dura peu et une autre loi du 4 germinal an VIII la remplaça par le système des coutumes de préciput, qui fut définitivement adopté par le Code civil.

2209. Réforme moderne. — L'esprit libéral de cette législation a été encore élargi en cette matière par la réforme du 24 mars 1898 (ci-dessous, n° 2213).

2210. Appréciation critique. — Les coutumes d'égalité parfaite, et même les coutumes d'égalité simple, avaient l'inconvénient d'enlever au père tout moyen d'avantager un de ses enfants et cet inconvénient se faisait sentir dans deux ordres d'hypothèses : 1° quand le père voulait punir ou récompenser un de ses enfants, sa puissance paternelle se trouvait désarmée et il n'avait pas le moyen de tenir ses enfants dans le devoir ; 2° quand l'un des enfants avait subi des revers de fortune ou que son état de santé ne lui permettait pas de se créer une position lucrative, le père ne pouvait pas rétablir l'égalité entre eux et compenser l'injustice du sort ou de la nature[1].

2211. Motif du rapport. — En droit moderne, l'obligation du rapport repose sur l'intention présumée du défunt, qui est censé n'avoir pas voulu rompre l'égalité entre ses héritiers ; mais ce n'est qu'une simple présomption et la loi ne lui impose pas cette égalité : il peut faire des libéralités *par préciput*, c'est-à-dire *dispensées du rapport*.

2212. Critique du Code. — Dans ce système on comprend très bien le principe du rapport *appliqué aux donations* : le donateur, en faisant à l'un de ses successibles, une libéralité rapportable, fait néanmoins un acte utile et sensé : il lui procure la jouissance des biens donnés pendant tout l'intervalle qui courra entre la donation et son propre décès. Il y a donc *avancement d'hoirie* et cette jouissance anticipée est un avantage assez considérable pour expliquer la donation sans y adjoindre nécessairement l'intention d'avantager l'héritier dans le partage par une clause de préciput sous-entendue.

Mais le même système, *appliqué aux legs*, se comprenait beaucoup moins. A quoi peut bien servir une libéralité *testamentaire* faite à un *héritier*, si elle n'a pas un avantage *préciputaire* ? Obligé au rapport, l'héritier ne profite pas de la libéralité qui

[1] Gui Coquille faisait déjà ressortir l'excellence des coutumes de préciput. « On dit que les coutumes qui défendent les avantages sont pour éviter les mécontentements et les envies entre les enfants, dont bien souvent adviennent des discordes ; mais aussi c'est une grande servitude et misère aux père et mère de n'avoir pas la liberté de leurs biens, et de n'avoir aucun moyen de récompenser les services et officiosités de leurs enfans, et tenir en subjetion et crainte ceux qui ne leur sont pas obsequieux » (*Institution du droit françois*, Donations. Comp. *Coustumes de Nivernois*, sous l'art. 7 du chapitre XXVII, Des donations).

lui est faite puisqu'elle s'exécute seulement au moment où le rapport la détruit. Il faut donc présumer qu'une libéralité testamentaire est *faite avec dispense de rapport*. Cependant le Code ne l'avait pas fait : par une réminiscence fâcheuse de l'ancienne incompatibilité des deux qualités d'héritier et de légataire, il avait établi le principe du rapport pour les legs comme pour les donations, tout en permettant de faire les uns et les autres par préciput. Il en résultait que les legs aux successibles n'offraient d'avantage sérieux qu'autant qu'ils étaient plus forts que leurs parts héréditaires : ils leur conféraient alors une *option*, l'héritier pouvant renoncer à la succession pour s'en tenir à son legs.

2213. Correction du Code. — Ce vice de nos lois a été corrigé par la loi du 24 mars 1898, signalée ci-dessus au n° 2209, qui a décidé que les legs seraient de plein droit des *libéralités préciputaires*, sauf dans le cas où le testateur aurait manifesté l'intention de les soumettre au rapport (nouvel art. 843, al. 2). La présomption de la loi, au lieu d'être *identique*, se trouve maintenant *inverse* pour les deux ordres de libéralités.

§ 2. — *Personnes soumises au rapport.*

** **2214. Condition du rapport.** — Le rapport est dû par tout héritier ab intestat qui a reçu du défunt une libéralité soumise au rapport et qui accepte la succession (art. 843).

On peut tirer de cette formule *quatre conditions* différentes pour que le rapport puisse être exigé. Il faut : 1° être *appelé par la loi* à la succession ab intestat ; 2° *accepter* cette succession ; 3° être *donataire ou légataire* du défunt ; 4° n'être pas *dispensé du rapport*.

A. — Limitation du rapport aux successions ab intestat.

2215. Comparaison avec le droit romain. — Dans le droit français moderne, comme dans notre ancien droit, le rapport n'est dû que *dans les successions ab intestat* ; il n'a jamais lieu dans les successions déférées par la volonté du défunt. Nous ne suivons pas le système introduit par la Novelle 18, chap. VI, de Justinien, qui exigeait le rapport même des héritiers institués.

En conséquence, un légataire universel n'est pas soumis au rapport (Caen, 22 janv. 1874, Dalloz, *Suppl.*, t. XVII, p. 139, note 1, S. 75. 2. 80), même quand il est héritier présomptif et qu'à défaut de testament il aurait été appelé à recueillir la succession ab intestat (Cass., 28 mai 1894, D. 95. 1. 86, S. 98 1. 445). Mais une convention peut lui imposer ce rapport (Cass , 26 juin 1905, S. 1907. 1. 217).

* **2216. Portée absolue du texte.** — En revanche, le rapport est dû par *tout successeur ab intestat* : il est toujours dû, d'après l'art. 843, qui est le texte capital en cette matière. Ainsi :

1° Le rapport est dû en *ligne collatérale aussi bien qu'en ligne directe*. Ce qui est une innovation du Code et une aggravation du système du rapport, car dans l'ancien droit les collatéraux ne devaient rapporter que les legs, et non les donations, qui n'étaient rapportables qu'en ligne directe (*Coutume de Paris*, art. 300 et 301).

2° Les *successeurs irréguliers* sont soumis au rapport, aussi bien que les *héritiers légitimes*. « Tout héritier...», dit l'art. 844, et le mot héritier est

pris ici dans son sens large, pour désigner tous les successeurs ab intestat, quel que soit leur titre.

3° L'héritier doit le rapport, *sans distinguer s'il a accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire*. L'art. 843 le dit expressément : « Tout héritier, *même bénéficiaire*. » Et cela est fort juste, car l'acceptation bénéficiaire est une acceptation, l'héritier qui l'a faite est un *héritier*, et son bénéfice ne produit d'effet que contre les créanciers.

B. — Conditions d'acceptation.

** **2217. Suppression du rapport pour le renonçant.** — Est seul tenu du rapport l'héritier qui accepte : « Tout héritier *venant à une succession...* », dit l'art. 843. C'est la conséquence du droit de s'affranchir du rapport en renonçant, droit reconnu par l'art. 845. L'héritier qui renonce devient étranger à la succession ; il est réputé n'y avoir jamais eu de droits, il peut donc conserver le don ou réclamer le legs à lui fait comme le ferait un étranger.

2218. Inconvénient du système de la loi. — Ce principe, fort bon en lui-même, peut avoir des conséquences quelquefois fâcheuses. Il peut déjouer les prévisions du défunt. Un père dote un de ses fils, sans dispense de rapport, puis fait des libéralités à diverses personnes et meurt. Si l'enfant renonce, sa dot absorbera peut-être toute la quotité disponible de sorte que les libéralités postérieures tomberont comme entamant la réserve, tandis que le père avait compté que son fils accepterait la succession, que sa dot lui serait imputée sur sa part de réserve et que la quotité disponible resterait aux autres personnes auxquelles il l'avait donnée. — Il n'y a qu'un moyen d'éviter ce résultat : c'est de convenir que l'enfant gratifié devra restituer la donation, même s'il renonce. Tous les auteurs reconnaissent la validité de cette clause, voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 748. Mais on ne réfléchit pas qu'elle serait tout aussi contraire à la volonté du père, qui n'a pas entendu doter son enfant pour quelques années seulement, mais pour toujours.

En tout cas, la simple indication que la donation est faite « en avancement d'hoirie » n'a pas à elle seule l'effet d'obliger l'héritier à faire ce rapport même en renonçant. Lebrun s'en expliquait fort clairement (*Successions*, liv. III, chap VI, § 2, n° 3).

C. — Qualité de donataire ou de légataire.

2219. Question à examiner. — En même temps qu'héritier, il faut être donataire ou légataire du défunt. Cette troisième condition, très simple en elle-même et qui se comprend aisément, donne lieu à deux observations. L'une est relative à l'*époque de la libéralité*, l'autre à la *personne gratifiée*.

1° Époque de la libéralité.

2220. Indifférence de la date de la libéralité. — Faut-il que la donation ou le testament ait été fait à une époque où la personne gratifiée était déjà héritier présomptif du disposant ? L'art. 846 tranche la question

négativement pour les donations : le rapport est dû alors même que le donataire se trouvait séparé du défunt par des parents plus proches, qui sont prédécédés, indignes ou renonçants ; il suffit qu'il se trouve appelé à succéder.

Quant aux legs, dont le texte ne parle pas, on suit la même règle à plus forte raison, les legs ne produisant d'effets que le jour du décès, au moment où le légataire devient héritier.

2° Personne gratifiée.

2221. Système de l'ancien droit. — Faut-il que l'héritier qui succède soit *personnellement* donataire ou légataire pour être astreint au rapport ? Cette seconde question soulève beaucoup plus de difficultés que la précédente. Elle se pose pour les donations faites *au père, au fils ou au conjoint* de l'héritier. Celui-ci est-il tenu de rapporter les donations faites à des personnes qui le touchent de si près ? Dans l'ancien droit, comme la grande majorité des coutumes défendait au donateur de dispenser son héritier du rapport, on avait dû prévoir le cas où, pour tourner cette prohibition, la libéralité serait ostensiblement adressée à l'un des proches du successible pris comme personne interposée, chargée de faire parvenir le don à son véritable destinataire. Les coutumes décidaient donc que l'héritier devait le rapport de ce qui avait été donné à ses père et mère, à ses enfants ou à son conjoint (Paris, art. 306 ; Orléans, art. 308). Pour déjouer la fraude on présumait l'interposition de personne, et on obligeait l'héritier au rapport comme s'il avait reçu lui-même la donation. C'était ce qu'on appelait le *rapport pour autrui*.

* **2222. Système du Code.** — Avec le Code, cette rigueur n'avait plus de raison d'être puisque l'héritier peut bénéficier ouvertement d'une dispense de rapport. Aussi les trois art. 847, 848 et 849 dispensent-ils du rapport les donations faites au fils, au père ou au conjoint du successible. L'héritier n'est plus tenu de rapporter que ce qui lui a été donné à lui-même.

On remarquera la façon dont s'exprime la loi pour abroger l'ancien droit : « sont *présumées faites avec dispense de rapport...* » Ces mots font croire qu'aux yeux de la loi il y a toujours interposition de personne, comme autrefois et que le vrai donataire est encore le successible. Ce serait mal comprendre le texte ; actuellement l'interposition de personne n'est plus présumée parce qu'elle n'a plus de raison d'être, et le donataire apparent est considéré comme l'étant réellement. Toutefois la formule employée par les art. 847 et 849 conduit à admettre que, s'il est établi en fait qu'il y a eu interposition de personne et que la libéralité profite réellement au successible, le détour employé pour la lui faire parvenir *équivaut à une dispense de rapport*.

2223. Libéralité faite au fils du successible. — Le père n'en doit pas le rapport (art. 847, al. 2), alors même qu'il en aurait profité indirectement, en recueillant la succession de son fils décédé avant lui.

2224. Libéralité faite au père du successible. — Le fils n'en doit pas le rapport (art. 848), alors même qu'il aurait déjà recueilli la succession de son père, y compris le bien donné. Cela est vrai *lorsque le fils succède de son chef* (art. 848).

Mais s'il succède *par représentation*, c'est le père, c'est-à-dire le représenté, qui est censé succéder lui-même. D'après les règles particulières de la représentation, le fils ne peut avoir plus de droits que le père n'en aurait eu, s'il avait succédé en personne. Le fils devra donc le rapport des biens donnés à son père, représenté par lui (même art.). Et, qu'on le remarque bien, ce rapport lui sera imposé, même s'il n'a pas profité des biens qu'avait reçus son père, par exemple s'il a renoncé à la succession de ce dernier.

2225. Question subsidiaire. — En succédant par représentation de son père, le fils doit-il en outre *le rapport de ce qu'il a reçu lui-même* ? On pourrait en douter, grâce à l'idée de représentation : il semble que ce soit le représenté qui succède ; or si le père avait réellement succédé, il n'aurait pas rapporté ce qui a pu être donné à son fils ; celui-ci ne doit donc pas le faire davantage. De plus l'art. 848 ne l'y oblige pas : ce texte l'astreint seulement au rapport des donations faites à son père.

Réfutation. — S'il est vrai que le représenté est *fictivement* héritier, c'est le représentant qui l'est *réellement*. Puisque c'est lui qui succède, il doit le rapport, comme tout héritier, de tout ce dont il a été personnellement gratifié. L'art. 848 n'avait pas à s'expliquer sur ce point ; l'art. 843 suffisait. L'objet de l'art. 848 est différent : il a été écrit pour imposer à l'enfant un *rapport supplémentaire*.

Conséquence. — Si un arrière-petit-fils succède par représentation, il devra le rapport de toutes les libéralités adressées aux deux degrés intermédiaires, qu'il est obligé de représenter pour succéder.

2226. Libéralité faite au conjoint du successible. — Le rapport n'en est jamais dû (art. 849). Cependant il est possible, par l'effet du régime matrimonial, que le successible ait profité personnellement de cette libéralité. Ainsi quand il est marié sous le régime de la communauté légale, et que la donation faite à son conjoint est mobilière, le conjoint donataire n'en garde qu'une moitié et l'autre devient la propriété du successible. Mais ce résultat n'est pas l'effet de la donation ; il dépend du contrat de mariage.

A l'inverse, lorsque la donation est faite à l'époux successible, il est obligé de la rapporter *pour le tout*, quoique son régime matrimonial ait pour effet d'en faire acquérir la moitié à son conjoint : ce n'est pas son conjoint, mais lui seul qui a été donataire.

Toutefois, au cas où la donation aurait été faite *conjointement aux deux époux*, celui qui était héritier présomptif du donateur, n'ayant été gratifié que pour moitié, ne devrait le rapport que de cette moitié.

D. — De la dispense de rapport.

1° Système appliqué aux donations.

***2227. Possibilité de la dispense.** — Le Code ayant adopté le système des *coutumes de préciput* (ci-dessus, n° 2208), il est permis au donateur de dispenser son héritier du rapport (art. 843 et 919)[1].

La dispense de rapport ne produit d'effet que *dans la limite de la quotité disponible* (art. 844). Il est tout naturel qu'un héritier ne puisse pas entamer la réserve des autres, pas plus que ne ferait un étranger. La loi ajoute que « l'excédent est *sujet à rapport* ». Ces mots appellent une observation, car il semble qu'il eût fallu dire « l'excédent est *sujet à réduction* ». Le sens qu'on peut leur donner sera indiqué à propos de l'action en réduction (ci-dessous, n°s 3102 et 3104).

***2228. Dispense postérieure à la libéralité.** — Ordinairement la dispense de rapport est accordée dans l'acte même qui contient la donation, mais, il n'y a à cela aucune nécessité. Une simple *donation en avancement d'hoirie*, c'est-à-dire non dispensée originairement du rapport, peut être transformée en *donation préciputaire*, par une dispense de rapport accordée après coup.

Seulement cette dispense doit être faite *dans la forme des libéralités*, c'est-à-dire par acte notarié ou par testament, car elle est elle-même une libéralité suplémentaire, qui ajoute quelque chose à la première et peut en doubler le prix (art. 919, al, 2).

2229. Forme de la dispense. — D'après les art. 843 et 919, la dispense de rapport doit toujours être *expresse* ; la loi suppose que la libéralité a été faite « expressément à titre de préciput et hors part ». On devait conclure de ce texte que la dispense doit résulter *d'un acte écrit*, d'une déclaration expresse, sauf à interpréter plus ou moins largement les expressions dont le défunt a pu se servir pour traduire sa pensée, notre droit n'exigeant plus de formules sacramentelles. Comp. Cass., 28 juin 1882, D. 85. 1. 27, S. 83. 1. 123.

Cependant la jurisprudence a interprété autrement ce texte. D'après les arrêts le mot « expressément » n'a pas ici son sens ordinaire ; il signifie simplement que la volonté du défunt doit être *certaine* et *manifeste* (Cass.,

[1] Une donation a-t-elle besoin de constituer un avantage au profit de l'héritier gratifié pour être dispensée du rapport ? La question s'est posée pour les partages d'ascendant, dans lesquels les enfants reçoivent des parts égales, et il a été jugé que ces donations, bien que déclarées expressément faites par préciput et dispensées du rapport, devaient être traitées comme de simples avancements d'hoirie rapportables, parce que la clause de préciput suppose expressément une *inégalité* entre les héritiers (Cass., 9 dec. 1856, D. 57. 1. 116, S. 57 1. 344 ; Cass., 19 nov. 1867, D. 68. 1. 75). Cependant la dispense se comprendrait encore comme dispense de rapport en nature.

5 avril 1854, D. 54. 1. 99, S. 54, 1. 541 ; Paris, 13 nov. 1893, D. 94. 2. 71, S. 94. 2. 104 ; Cass., 11 janv. 1897, D. 97. 1. 473 ; Douai, 8 juill. 1897, D. 99. 2. 73). Le mot employé par le Code français est la traduction du mot « expressim » qui se trouvait dans le texte de la Novelle 18 (chap. VI), et qu'on entendait déjà de cette façon dans l'ancien droit. Ainsi, en dépit du texte, la dispense de rapport peut être *tacite* et résulter des circonstances particulières dans lesquelles la disposition a été faite (arrêt de Paris précité).

Cette jurisprudence a, du reste, beaucoup perdu de son intérêt depuis que les legs ont été dispensés de plein droit du rapport, car elle avait pour utilité principale d'y soustraire un grand nombre de libéralités testamentaires. La possibilité des dispenses tacites sert cependant encore même pour les donations, principalement pour les *dons manuels*, qui se font sans écrit, et dans lesquels la dispense ne peut pas être expresse (Cass., 8 févr. 1898, D. 99. 1. 153, et les renvois)[1].

2230. Difficulté relative aux donations déguisées. — Doit-on considérer le déguisement d'une donation comme contenant une dispense implicite de rapport? Pas nécessairement, car l'emploi d'une forme déguisée n'indique pas toujours l'idée de faire une libéralité préciputaire ; le défunt a pu avoir des intentions diverses : peut-être voulait-il cacher sa libéralité à des parents jaloux, par crainte des inimitiés qu'aurait soulevées une libéralité ouverte ; peut-être a-t-il voulu simplement éviter des frais, soit en se passant de notaire, soit en esquivant les droits de mutation élevés qui frappent les donations entre vifs[2]. On ne saurait donc tirer du déguisement qu'une présomption incertaine, insuffisante pour satisfaire la loi qui veut une volonté évidente, dont la manifestation s'impose.

C'est en ce sens que la jurisprudence s'est fixée. La Cour de cassation décide que le déguisement de la donation ne vaut pas par lui-même dispense de rapport ; mais que l'intention du donateur d'affranchir son donataire de cette obligation peut résulter de circonstances ayant accompagné la donation et dont les juges du fait sont appréciateurs souverains. Parmi ces circonstances, ils peuvent faire entrer le déguisement lui-même, à la condition de n'en point faire le motif unique de leur décision (Cass., 6 nov. 1855, D. 55. 1. 433 ; Cass., 18 août 1862, D. 63. 1. 144, S. 63. 1. 265 ; Cass., 4 nov. 1885, S. 88. 1. 455).

Quant à la doctrine, elle continue, avec un rare ensemble, à enseigner et

[1] M. Wahl a donné une analyse complète des cas dans lesquels la jurisprudence a admis des dispenses de rapport ne résultant pas d'une formule expresse (*Traité des successions*, t. III, n° 2784).

[2] A peu près seuls MM. Aubry et Rau ont considéré le déguisement comme entraînant par lui-même dispense de rapport (t. VI, § 632, p. 641, texte et note 17). Comp. Le Sellyer, t. III, n° 1407.

à soutenir que les donations déguisées ne peuvent être dispensées du rapport que par une déclaration expresse du donateur (DEMOLOMBE, t. XVI, nos 250 et suiv. ; LAURENT, t. X, nos 581 et suiv. ; HUC, t. V, no 341 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, t. III, nos 3512 et 3605). Son obstination à ne point voir la formation d'un nouveau droit coutumier se comprend d'autant moins ici qu'elle crée au donateur une situation contradictoire : elle l'oblige *à déclarer* « expressément » qu'il fait une donation dans un acte qui a pour but de la *déguiser*. On a bien dit que le donateur se tirerait d'affaire en insérant la dispense de rapport dans son testament, mais le résultat ne serait pas le même pour le donataire, car le testament est essentiellement *révocable*, tandis que le donateur serait lié d'une manière définitive par une dispense *contractuelle*, faisant corps avec la donation.

2231. Solution semblable pour les donations par personne interposée. — La question de dispense se présente pour ces donations dans les mêmes termes que pour les précédentes. L'interposition de personne, comme le déguisement, est une manière de cacher la libéralité. Elle peut comporter ou non, selon les cas, l'intention de dispenser du rapport. Du moment où il est admis que les dispenses tacites sont valables, il n'y a plus qu'à rechercher dans chaque espèce, si réellement le donateur en a eu la pensée. Cela devient ainsi une question de fait.

2° Système appliqué aux legs.

* **2232. Changement dans la présomption légale.** — Jusqu'en 1898, les legs ont été traités comme les donations : ils n'étaient dispensés du rapport que par une volonté spéciale du défunt à cet égard, sauf à bénéficier de la jurisprudence favorable signalée au no 2229. Ce système ancien était contraire à l'intention très générale des testateurs (voyez ci-dessus, no 2212).

La loi du 24 mars 1898 a changé le système de la loi sur ce point : tout legs particulier fait à un successible est *présumé fait par préciput et hors part*. Le légataire est donc autorisé à prélever son legs en sus de sa part héréditaire (art. 843 et 919 nouveaux).

Toutefois la loi réserve au testateur la faculté d'indiquer que le legs n'est pas fait par préciput, auquel cas le légataire se trouve soumis au rapport, comme avant 1898. Il y a lieu de penser que les testateurs useront fort peu de cette facilité.

§ 3. — *A qui le rapport est dû.*

A. — Succession à laquelle doit se faire le rapport.

2233. Cas où il y a difficulté. — En général, cette question n'est

pas difficile à résoudre : c'est *à la succession du donateur* que le rapport est dû (art. 850). Mais dans certains cas, il peut y avoir des doutes pour déterminer *qui est donateur*.

La loi a prévu le cas pour les *constitutions de dot* et elle a établi à cet égard des règles spéciales (voyez ci-dessus, n°s 875 à 882).

Une difficulté analogue s'est présentée dans la pratique pour une donation faite à un fils par son père, marié sous le régime de la communauté et avec une valeur prise parmi les biens communs. La Cour de cassation a décidé que la donation était rapportable *pour le tout à la succession du père* (7 déc. 1899, D. 99. 1. 97). Voyez sous cet arrêt en note dans Dalloz, les raisons qui peuvent faire admettre que la donation, étant prélevée sur les biens communs, vient pour moitié du patrimoine de la mère, qui doit être considérée comme donatrice pour sa part, son mari ayant agi comme *gérant* d'une communauté qui ne lui appartenait qu'en partie ; d'où il suit, qu'en supposant que la femme a accepté la communauté, si la donation est rapportée pour le tout à la succession du père, on méconnaît l'art. 850 : le père n'est pas le seul donateur. Cette vérité élémentaire semblait hors de contestation dans notre ancien droit. Voyez ce qu'en disait Pothier (*Successions*, chap. IV, art. 2, § 5 ; édit. Bugnet, t. XIII, p. 168).

B. — Personnes appelées à bénéficier du rapport.

2234. Distinction. — Il nous faut examiner séparément trois sortes d'intéressés 1° les *cohéritiers* du successible gratifié ; 2° les *légataires* ; 3° les *créanciers*. Le rapport est dû aux cohéritiers ; mais non aux légataires ni aux créanciers du défunt (art. 857), ce qui demande quelque explication.

1° Cohéritiers.

***2235. Caractère réciproque du rapport.** — Le rapport est dû aux cohéritiers du successible gratifié. C'est l'effet du principe même qui l'a fait instituer : il en découle une *obligation mutuelle* entre héritiers appelés à une même succession. Ceux qui ont droit au rapport sont ceux qui y seraient astreints s'ils étaient eux-mêmes donataires ou légataires.

****2236. Qui peut agir.** — Le droit de demander le rapport appartient aux *héritiers légitimes* et aux *successeurs irréguliers*, sous la condition de venir eux-mêmes à la succession, et il ne leur est dû qu'autant qu'ils exercent sur cette succession les droits qu'ils tiennent de la loi et non quand ils réclament l'exécution d'un legs ou d'une donation faite à leur profit[1]

[1] Ce point semble mal réglé en jurisprudence. Une fille avait reçu en se mariant une dot constituée en avancement d'hoirie, c'est-à-dire rapportable ; plus tard un de ses frères avait reçu une autre donation faite par préciput ; tous deux avaient accepté la succession de leur père, et l'enfant gratifié par préciput prétendait prélever sur les valeurs rapportées par sa sœur ce qui lui était nécessaire pour compléter le montant total de sa part héréditaire et de sa donation préciputaire réunies. La Cour a décidé que le rapport n'étant dû qu'aux héritiers agissant en vertu de leur droit héréditaire, la dot reçue par la fille devait être partagée par parts égales entre tous les cohéritiers (Cass., 8 févr. 1898, D. 99. 1. 265 et la note de M. Sarrut). — Toutefois un second arrêt (Cass., 13 mars 1907, D. 1910. 1. 309), qui émane de la Chambre des requêtes, tandis que le précédent a été rendu par la Chambre civile, passe pour avoir statué en sens contraire en décidant que le donataire par préciput pourrait conserver toute la quotité disponible pour l'exécution de son don, et réduire les autres à leur réserve. Voyez a note du Dalloz sur ce dernier arrêt.

C'est un droit *individuel* pour chacun d'eux, et qui peut être exercé en leur nom par leurs créanciers personnels, conformément à l'art. 1666.

2° Légataires.

***2237. Absence de droits sur les biens donnés entre vifs.** — Non seulement les légataires ne peuvent *demander* le rapport (art. 857), mais même ils n'ont pas le droit d'en *profiter*, quand il a été effectué sur la demande des héritiers. Cela signifie que les legs ne peuvent être exécutés que sur le montant des biens appartenant au testateur au jour de son décès, et non sur le montant de ceux qu'il aurait donnés entre vifs à l'un de ses successibles et qui seraient rapportés par ce dernier : les biens ainsi rapportés se partageront entre les héritiers sans que les légataires y aient aucun droit ; la donation les avait fait sortir du patrimoine du défunt, qui n'a pas pu en disposer une seconde fois en les léguant à des tiers.

***2238. Droits sur les biens légués.** — Mais l'art. 857, en tant qu'il empêche les légataires de profiter du rapport, ne s'applique réellement qu'aux *donations entre vifs*. Si l'un des héritiers a reçu un legs, il n'en obtiendra pas le paiement par préférence aux légataires étrangers. En sa qualité de légataire, il est dans la même situation que les autres : s'il n'y a pas de quoi les satisfaire tous, tous doivent être payés, successibles ou non, au moyen d'une répartition proportionnelle des valeurs libres laissées par le défunt. En concourant ainsi avec les successibles qui sont en même temps légataires, les légataires étrangers ne profitent pas d'un « rapport » : ils exercent un droit égal et semblable à celui des successibles gratifiés de legs, et ce qui prouve bien qu'il n'y a ici aucune question de rapport, c'est que ce concours et cette distribution ont lieu *même pour les legs adressés aux successibles et dispensés du rapport*, ce qui est aujourd'hui le cas général. La dispense de rapport ne sert qu'à établir l'inégalité des parts entre successibles, et nullement à créer une préférence entre légataires.

2239. Réunion fictive des biens donnés à la masse. — Du reste, même pour les biens donnés entre vifs, il ne faut pas s'exagérer la portée de la prohibition écrite dans l'art. 857. Dans certains cas, les légataires profiteront indirectement de l'opération du rapport ; ils verront leurs droits grossir, sans pouvoir toucher aux biens rapportés.

Toutes les fois qu'il y a des héritiers à réserve, il faut *calculer la quotité disponible*, et pour faire ce calcul on doit réunir à la masse des biens conservés par le défunt jusqu'à sa mort la valeur de ceux qu'il avait donnés entre vifs. Par exemple, un père possédant 100 000 francs, et ayant trois fils, leur fait des donations s'élevant à 80 000 francs. Il meurt, ne laissant plus que 20 000 francs de fortune et léguant 25 000 francs à des étrangers. La quotité disponible est d'un quart. Les héritiers ne pourront pas dire aux

légataires : « Il n'y a que 20 000 francs dans la succession ; le rapport des biens donnés entre vifs ne vous est pas dû ; donc les legs ne s'exécuteront que jusqu'à concurrence du quart de cette somme », ce qui ferait subir aux légataires une perte de 20 000 francs. L'art. 922 veut que la quotité disponible soit calculée en réunissant les biens donnés aux biens laissés par le défunt. Elle sera donc, en l'espèce, de 25 000 francs. Mais cela ne veut pas dire que les légataires seront payés intégralement : comme il ne reste que 20 000 francs d'actif, et que le reste de la masse se compose de biens rapportés, sur lesquels les légataires n'ont aucun droit, ceux-ci subiront donc en définitive une perte de 5 000 francs.

Ainsi il y a deux opérations distinctes : 1° le *rapport effectif* des biens donnés entre vifs, qui n'est dû qu'aux héritiers ; 2° leur *réunion fictive à la masse,* pour le calcul de la quotité disponible, qui est due même aux légataires. Après avoir calculé la quotité disponible sur le total des biens donnés et des biens existants, on ne paiera néanmoins les légataires que sur ces derniers. Cette distinction avait été méconnue par la jurisprudence dans les premières années qui suivirent la publication du Code ; on décidait que les légataires, n'ayant pas droit au rapport, ne devaient calculer la quotité disponible à leur profit que sur les biens existants. Mais un arrêt célèbre, l'arrêt *Saint Arroman,* rendu par les Chambres réunies, vint établir la règle actuelle (8 juill. 1826, D. 26. 1. 314, S. 26. 1. 313). Voyez la note sous cet arrêt dans le *Sirey chronologique,* t. VIII, 1. 383 et les renvois.

3° Créanciers.

****2240. Rapport des dons.** — Sur ce point, l'art. 857 s'applique d'une façon absolue. Les créanciers ne peuvent ni demander le rapport des biens donnés de son vivant par leur débiteur, ni se faire payer sur ces biens quand les héritiers les ont rapportés. A leur égard, ces biens sont définitivement sortis du patrimoine de leur débiteur qui, malgré toutes ses obligations, avait conservé le droit d'en disposer, sous réserve de l'action Paulienne en cas de fraude. Ils ne peuvent donc compter pour se faire payer que sur les biens réellement compris dans la succession et possédés par leur débiteur au jour de sa mort.

***2241. Rapport des legs.** — Vrai pour les donations, l'art. 857 ne l'est pas pour les legs. Toutes les fois que les biens héréditaires ne suffiront pas pour acquitter à la fois les dettes et les legs, les créanciers passeront avant les légataires, conformément à la maxime « Nemo liberalis nisi liberatus ». Voyez ce qui est dit de la liquidation des successions bénéficiaires. Les créanciers n'ont pas, à proprement parler, à demander le *rapport* des legs ; ce sont les légataires qui ne peuvent pas exiger leur paiement avant les créanciers, même quand ils sont dispensés du rapport.

L'art. 857 est donc trop absolu dans ses termes : la règle qu'il établit en disant que le rapport n'est pas dû aux créanciers, sans distinguer entre les legs et les donations, n'est vraie que pour ces dernières.

2242. Effet de l'acceptation pure et simple. — Après l'acceptation de la succession, les créanciers du défunt sont devenus *créanciers personnels des héritiers* ; ils ont dès lors le droit de se faire payer sur les biens qui ont été acquis à leurs débiteurs par l'effet de rapports effectués par des cohéritiers donataires, puisqu'ils ont pour gage désormais tous les biens des héritiers (art. 2092-2093). On voit que la loi accorde d'un côté aux créanciers de la succession ce qu'elle leur refuse de l'autre. Voici qui est plus encore : étant créanciers personnels d'un héritier qui a droit à des rapports de la part des autres, ils pourront les demander de son chef (art. 1166). Ainsi la règle est renversée : non seulement ils *profitent* d'un rapport, quand il est effectué, mais ils *agissent* pour le réclamer.

Que reste-t-il alors du texte de l'art. 857, qui dit que le rapport n'est pas dû aux créanciers ? Uniquement ceci : *lorsque l'héritier aura accepté sous bénéfice d'inventaire*, les créanciers du défunt n'auront aucun droit sur ses biens personnels ; or les biens que l'héritier recueille par l'effet du rapport ne figurent pas dans la succession ; ils entrent *dans le patrimoine de l'héritier*, parce qu'ils lui sont dus en vertu d'un droit qui lui est propre, qu'il ne tient pas du défunt. Dans ce cas-là, mais dans ce cas seulement, l'art. 857 sera vrai pour les créanciers et les empêchera d'avoir droit au rapport des dons.

C. — Preuve à fournir.

***2243. Difficulté pour les donations.** — C'est celui qui réclame le rapport d'une libéralité qui doit en prouver l'existence. Cette preuve lui sera facile à fournir pour les legs, car le testament du défunt sera infailliblement produit par les légataires qui voudront faire valoir leurs droits. Mais il n'en va pas de même pour les donations : ceux qui les ont reçues sont nantis et n'ont qu'à garder le silence, et leurs cohéritiers sont souvent fort embarrassés pour en fournir la preuve. De la part de ceux-ci tous moyens sont admissibles, puisqu'il s'agit de la preuve d'un acte à fournir par un tiers et non par une partie (t. II, n° 1207 et la note). Ainsi ils se servent souvent des écritures laissées par le défunt (Orléans, 2 mai 1890, D. 91. 2. 209 ; Bruxelles, 28 févr. 1891, D. 91. 2. 362).

§ 4. — *De quelles choses le rapport est dû.*

***2244. Simplicité de la règle applicable aux legs.** — Quand un

legs est sujet au rapport (et l'on sait qu'aujourd'hui il ne l'est qu'en vertu d'une manifestation de volonté spéciale du défunt), l'objet du rapport est très simple à déterminer ; c'est *ce que le légataire aurait le droit de réclamer* en exécution de son legs, s'il n'était pas sujet à rapport.

***2245. Cause des difficultés relatives aux donations.** — Pour les donations il y a des difficultés spéciales provenant de la nécessité de faire parmi elles une distinction : il y en a qui sont soumises au rapport, et d'autres qui, par leur nature, n'y sont pas soumises, et c'est ce classement des donations en deux sortes qui est difficile à opérer.

Remarquons d'abord que *l'obligation de rapporter est la règle,* et que *l'exemption du rapport est exceptionnelle,* observation qui peut servir de guide dans les cas douteux.

A. — Donations soumises au rapport.

1° Donations proprement dites.

***2246. Généralité de la règle.** — Quand une donation est faite dans la forme ordinaire, c'est-à-dire *directement* ou *par acte authentique*, elle est toujours soumise au rapport en vertu de l'art. 843, alors même qu'elle aurait été faite *par contrat de mariage* ou autrement pour l'*établissement d'un enfant,* alors même qu'elle offrirait un caractère particulier, comme celui des donations *rémunératoires, mutuelles* ou *onéreuses*. Il en est de même quand la donation revêt une forme exceptionnelle, comme les *donations déguisées*, les *donations à personne interposée*, et les *dons manuels*.

2247. Établissement d'un enfant. — L'art. 851 soumet au rapport les donations faites pour l'*établissement* d'un successible, d'un enfant, par exemple. Cela doit s'entendre de l'établissement par le mariage, c'est-à-dire des constitutions de dot, et aussi de tout autre genre d'établissement, de l'achat d'une étude, d'une bibliothèque d'avocat ou de médecin, d'un fonds de commerce, etc. Il en serait de même des dons faits pour consolider ou étendre un établissement déjà acquis.

2248. Donations rémunératoires ou onéreuses[1]. — Ces donations sont soumises comme les autres au rapport. Toutefois est seul rapportable l'excédent net de la valeur des biens donnés au-dessus du prix du service rémunéré ou de la charge imposée au donataire, car il n'y a libéralité véritable que pour cet excédent.

****2249. Donations mutuelles.** — Ce sont des donations comme les autres quand elles sont inspirées par un véritable sentiment de libéralité. Mais quand les deux donations doivent s'exécuter simultanément et rester

[1] Sur ces donations, voyez ci-dessous, nos 2505-2506 et nos 3009 et suiv.

définitives toutes les deux, il est possible qu'on ait affaire à un simple *échange* mal qualifié, auquel cas il n'y a pas lieu à rapport.

****2250. Donations déguisées et donation à personne interposée.** — Ces deux espèces de donations ne sont pas, *par leur nature propre*, exemptes du rapport : elles y sont soumises, en vertu du principe général de l'art 843, *en leur qualité de donations*. Mais on a déjà vu que le système de la jurisprudence sur la validité des *dispenses tacites* aboutit dans beaucoup de cas au même résultat : les juges peuvent reconnaître qu'*en fait* l'intention du donateur a été d'accorder la dispense (ci-dessus, nos 2230 et 2231). De la sorte, s'il n'y a pas *exemption légale* du rapport, il y a souvent *dispense* par la volonté du disposant.

***2251. Dons manuels.** — Une solution semblable s'applique aux dons manuels. Ce genre de dons est, par sa nature, *sujet à rapport* (Aix, 21 janv. 1880, D. 80. 2. 253, S. 81. 2. 68). Mais l'intention d'accorder la dispense peut s'induire des circonstances (Cass., 3 mai 1864, D. 64. 1. 173, S. 64. 1. 273). Sur le pouvoir d'appréciation des juges du fait, et le contrôle possible de la Cour de cassation, voyez Cass., 12 mars 1873, D. 73. 1. 194, S. 73. 1. 208.

De même que pour les donations déguisées ou à personne interposée, la plupart des auteurs soutiennent encore que le don manuel ne peut être dispensé du rapport que par une déclaration expresse. Ils font valoir cette raison particulière que la loi exempte du rapport les « présents d'usage » (art. 852), ce qui en confirme la nécessité pour les autres donations manuelles. Mais c'est confondre deux questions différentes : il ne s'agit pas de savoir si un don manuel est *exempt* du rapport en vertu de la loi (cette exemption n'existe que pour ceux qui sont visés dans l'art. 852) ; mais bien sous quelle forme peut se produire la *dispense* accordée par le disposant dans un don sujet à rapport.

2° Avantages indirects [1].

2252. Distinction. — Un avantage gratuit peut être procuré à quelqu'un sans qu'il intervienne entre les parties une donation proprement dite, si l'avantage résulte indirectement d'un autre acte.

La loi a prévu ceux qui sont contenus *accessoirement* dans une convention à titre onéreux ; elle n'a rien dit de ceux qui font l'objet *total* de l'acte accompli.

2253. Avantages accessoires contenus dans une convention onéreuse. — Les contrats à titre onéreux passés entre un fils et son père, et plus généralement entre le défunt et l'un de ses héritiers, étaient autrefois fort suspects, à cause des avantages occultes qu'ils peuvent contenir ; ils faisaient souvent « de la *brouillerie* dans les familles », comme disait Basnage, sur l'art. 434 de la coutume de Normandie. C'était un moyen de dispenser une libéralité du rapport, malgré la prohibition des coutumes. Aujourd'hui nous n'avons plus les même raisons de les critiquer, puisque le défunt qui a employé ce procédé aurait pu avantager ouvertement son successible, et par préciput. Mais la loi soumet ces avantages au rapport, comme les autres (art. 853).

[1] Sur ces donations, voir ci-dessous, nos 2544 et suiv.

D'après ce texte, il faut distinguer : l'héritier doit le rapport des avantages indirects que la convention présentait pour lui *au moment où elle a été faite* : il ne doit pas le rapport des *profits* qu'il a pu en retirer par la suite. Et cette distinction est très raisonnable. Si un père vend pour 25 000 francs, à son fils, une maison qui en vaut 50 000, il lui en donne la moitié ; mais si la maison a été vendue à son prix vrai et qu'elle augmente ensuite de valeur, le contrat devient avantageux par l'effet de circonstances *postérieures*, et la plus value n'est pas *rapportable*, n'ayant pas été *donnée*.

2254. Règle spéciale aux sociétés. — A côté de l'art. 853 qui est général et s'applique à tous les contrats onéreux, se trouve l'art. 854 qui reprend la même règle pour les actes de société, en y ajoutant quelque chose. Le contrat de société est un de ceux qui se prêtent le mieux à ces avantages indirects, et où ils sont très difficiles à découvrir, soit dans l'évaluation des apports, soit dans la répartition des bénéfices.

Aussi la loi s'en méfie-t-elle, et elle astreint l'héritier à rapporter tous les bénéfices qu'il a pu réaliser dans une société avec le défunt, à moins que les conditions de la société n'aient été *réglées par acte authentique*. De droit commun l'acte qui constate la formation d'une société peut être rédigé sous seings privés. Ici la loi ne veut pas de cette forme, parce qu'elle met les autres héritiers à la merci de celui qui s'était associé avec le défunt : il lui suffirait de faire disparaître l'acte constitutif de la société, pour mettre ses cohéritiers dans l'impossibilité de reconnaître l'étendue des avantages qui lui ont été faits ; il se dispenserait ainsi lui-même du rapport, et contrairement peut-être à la volonté du défunt.

Il résulte de la nature de ce motif que rien ne peut remplacer l'authenticité de l'acte, ni son enregistrement, ni la publication et l'affiche d'un extrait, parce que ces formalités permettent seulement d'en constater l'existence, mais n'en font pas connaître la teneur (Paris, 28 déc. 1854, D. 56. 2. 279 et, sur pourvoi, Cass., 31 déc. 1855, D. 56. 1. 359, S. 57. 1. 200 ; Cass., 29 déc. 1858, D. 59. 1. 219, S. 50. 1. 600).

Quand la condition voulue par la loi a été remplie et qu'un acte authentique a été rédigé, la loi dispense l'héritier du rapport pour « l'association faite *sans fraude* » entre le défunt et lui. Ces mots signifient que l'héritier ne devra pas le rapport des bénéfices réalisés par suite de la propriété de la société, mais que s'il y a eu « fraude », c'est-à-dire *avantage indirect*, le rapport en sera dû. La fraude dont parle ici le Code n'est pas une fraude à la loi, mais seulement une atteinte aux droits des autres héritiers, et son langage retarde : ce qui était une fraude dans notre ancien droit n'en est plus une aujourd'hui.

Jurisprudence. — En pratique, la portée de l'art 485 a été considérablement réduite par la jurisprudence qui décide : 1° que, quelle que soit la forme de l'acte d association, les avantages qu'en a retirés l'héritier peuvent être considérés comme dispensés du rapport, par interprétation de la volonté du défunt et sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse (Paris, 28 déc. 1854, et Cass., 31 déc. 1855, précités) ; 2° qu'il peut être declaré par les juges du fait que les bénéfices réalisés par l'héritier ne représentent pas une libéralité, mais sont pour lui une juste indemnité de son travail et de ses risques, auquel cas ils échappent au rapport, même dans une association faite sous seings privés (Cass., 17 août 1864, D. 65. 1. 305, S. 65. 1 121 ; Douai, 21 juin 1906, D. 1908. 2. 225, S. 1907. 2. 57) ; 3° que lors même que le rapport de ces avantages et bénéfices est imposé à l'héritier, son obligation peut être diminuée par l'allocation d'une indemnité représentant sa participation aux affaires sociales et comprenant à la fois son travail personnel et l'intérêt de ses capitaux (Cass., 19 nov. 1861, D. 62. 1. 139, S. 62. 1. 145). Cette jurisprudence se justifie, au moins en partie, par l'observation que l'art. 854 se borne à établir l'obligation du rapport, sans diminuer le droit qu'a le défunt d'en dispenser l'héritier. Voyez toutefois les notes du *Dalloz* et du *Sirey* sous l'arrêt de Douai précité.

2255. Autres donations indirectes. — Pour tous les autres cas où il y a donation indirecte, nous n'avons pas de texte spécial : il n'y a que la formule générale de l'art. 843, qui oblige l'héritier à rapporter tout ce que le défunt lui a donné, directement ou *indirectement*. Ainsi sont rapportables les avantages résultant d'une *remise de dette*

faite par le défunt à son successible, de la *démission d'un officier ministériel* faite gratuitement en faveur d'un successible, de la *renonciation à une succession*, faite avec l'intention d'avantager la personne appelée à défaut du renonçant (Cass., 8 mars 1858, D. 58. 1. 97, S. 58. 1. 545. Comp. Cass., 15 mai 1866, D. 66. 1. 249, S. 66. 1. 276); de la *renonciation à un usufruit* (Cass., 27 oct. 1886, D. 87. 1. 129, S. 87. 1. 193), etc.[1].

Un autre cas, très pratique, et qui a donné lieu à diverses difficultés est celui où le défunt a *payé les dettes de son héritier* (art. 851). Voyez les nos suivants.

2256. Paiement des dettes de l'héritier. — S'il s'agit d'un héritier *majeur* et d'obligations *civilement valables* acquittées à sa décharge, le rapport des sommes payées pour lui sera toujours dû, parce que le versement fait par le défunt équivaut à une véritable libéralité.

Mais si la dette était *naturelle* ou pouvait être anéantie par une action en *nullité* ou en *rescision*, le rapport ne serait pas dû en principe, parce que le débiteur pouvait se dispenser de payer et qu'on ne lui a vraiment procuré aucun avantage ; il n'y aurait lieu à rapport que si le paiement avait été fait à la requête du successible, qui aurait ainsi reconnu ou validé son obligation en la faisant payer par autrui.

Pour les dettes du *mineur* acquittées par son père, il y a quelque difficulté. Berthier disait que si on l'obligeait à rapporter les sommes versées en son nom à des tiers, toutes les précautions prises pour qu'un mineur ne puisse pas s'obliger valablement deviendront inutiles, s'il plaît à son père de payer ses dettes. Cependant on décide en général que le paiement fait par le père donne lieu à rapport lorsqu'il est intervenu dans l'intérêt bien entendu du mineur. C'est une opinion très raisonnable, qui a seulement le tort de donner lieu à des difficultés pratiques d'appréciation.

2256 *bis*. Assurance sur la vie au profit d'un tiers. — L'héritier qui bénéficie d'une assurance sur la vie à son profit par le défunt en doit-il le rapport, et que doit-il rapporter, le capital ou les primes ? Question déjà signalée (t. II, n° 1266, en note).

Il est desormais acquis en jurisprudence que le *capital de l'assurance* n'est pas rapportable, parce qu'il y a formation d'un capital nouveau et non pas translation d'un capital préexistant pouvant revêtir le caractère d'une libéralité (Cass., 29 juin 1896, D. 97. 1. 73 ; Paris, 10 janv. 1900, D. 1900. 2. 489, S. 1904. 2. 105). La libéralité n'existe que dans *le versement des primes*, qui sont seules sorties du patrimoine du défunt, et encore la possibilité du rapport serait-elle écartée, si ces primes étaient modiques et prises uniquement sur les revenus annuels. Voyez les notes de M. Dupuich, D. 1900. 2. 489 et les renvois, et D. 1910. 2. 329 ; Wahl, *L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral...*, dans la *Revue trimestrielle*, 1902, t. I, p. 20. D'autre part, quand la vie de l'assuré s'est prolongée au point que le total des primes dépasse le capital assuré, la somme que doit rapporter le tiers bénéficiaire ne peut pas dépasser le montant de ce capital (Cass., 4 août 1908, D. 1909. 1. 185, P. et S. 1909. 1. 5, et la note de M. Lyon-Caen ; Cass., 2 août 1909, D. 1910. 1. 328, P. et S. 1910. 1. 540 ; Rennes, 6 avril 1910, D. 1910, 2. 329, P. et S. 1911. 2. 321, note de M. Lefort, et, sur pourvoi, Cass., 30 mai 1911, P. et S. 1911. 1. 560)[2].

[1] En présence d'une renonciation ou d'un autre acte dévestitif analogue, doit-on présumer qu'il contient une libéralité ? La plupart des auteurs admettent cette présomption, qui est combattue par M. Huc (t. V, n° 352). En pratique la question ne paraît pas faire de difficulté, et la présomption est admise au moins comme présomption de l'homme, la preuve contraire restant à la charge du successible qui a profité de la renonciation.

[2] Se fondant sur l'analogie qui existe entre les libéralités testamentaires et les donations réalisées au moyen d'assurances sur la vie, dont le bénéficiaire ne profite qu'au décès du donateur, M. Dupuich propose d'admettre dans ces donations une dispense implicite de rapport (D. 1910. 2. 331, col. 1). La jurisprudence admettait déjà des dispenses de ce genre avant 1898 pour les legs, en les tirant de la nature même de la liberalité. Comme le disait le Conseil d'Etat, dans son Avis sur le projet de réforme, devenu la loi du 24 mars 1898 sur le rapport des legs, refuser d'admettre la dispense

2257. Prime de remplacement. — Sous l'empire de notre législation militaire antérieure à 1872, un grand nombre de jeunes gens se faisaient exempter du *service militaire* en fournissant un remplaçant à qui on payait une *prime*. Quand les parents la payaient pour un de leurs enfants, le rapport en était dû (Grenoble, 15 févr. 1850, D. 52. 2. 84, S. 51. 2. 324). En effet le service militaire était une *obligation personnelle* à l'enfant, et son exonération à prix d'argent, aux frais de ses parents, constituait le paiement d'une dette sujet au rapport en vertu de l'art. 851.

2258. Taxe militaire. — Même solution pour la taxe militaire établie par la loi du 15 juillet 1889, art. 35. Elle aussi était une dette personnelle à l'assujetti, et son acquittement par un ascendant donnerait lieu au rapport conformément à l'art. 851. Sur le paiement de la taxe par l'ascendant, voyez le § 6 de l'art. 35 de la loi précitée, modifié par la loi du 26 juillet 1893.

3° Règle applicable aux fruits.

2259. Dispense de rapport pour la période antérieure au décès. — Le donataire n'est tenu de rapporter que le bien qu'il a reçu, et non les fruits qu'il en a tirés. S'il lui fallait rapporter les fruits en même temps que le fonds, ce serait souvent sa ruine et la libéralité qui lui a été faite deviendrait une calamité pour lui. Jamais le rapport n'a été considéré comme privant rétroactivement l'héritier de la jouissance du bien, et c'est encore ce que dit l'art. 856. La donation en avancement d'hoirie, quoique rapportable, confère donc tout au moins au successible la jouissance intérimaire du bien.

2260. Donations de fruits. — Il se peut que la donation ait eu pour objet unique des fruits et revenus que le successible gratifié a consommés au jour le jour, sans aucun onds ni capital. La règle qu'on ne rapporte pas les fruits s'applique-t-elle encore ? La Cour de cassation a rendu sur ce point, à moins de trois années de distance, deux arrêts contradictoires. Par l'un elle a décidé que l'art. 856 supposait le rapport réellement effectué d'un bien frugifère, et ne dispensait nullement l'héritier de rapporter les revenus dont il avait bénéficié par la renonciation du défunt à un usufruit grevant ses propres biens (Cass., 27 oct. 1886, D. 87. 1. 129, S. 87. 1. 193) Par l'autre elle a dispensé un héritier de rapporter les revenus d'un usufruit qui lui avaient été donnés par le défunt (Cass., 12 mars 1889, D. 90. 1. 30). Cette dernière solution semble la meilleure : qu'importe la manière dont le défunt a procuré ce revenu annuel à son successible ? Comp. la note de M. Ambroise Colin, D. 1902. 2. 241.

2261. Fruits échus ou perçus depuis le décès. — A partir du moment où le rapport doit se faire, c'est-à-dire du jour où la succession s'ouvre, l'héritier est comptable des fruits (art. 856). La règle est exprimée en termes absolus, et réellement elle est générale, s'appliquant au rapport en moins prenant aussi bien qu'au rapport en nature : l'héritier doit de plein droit ou les fruits du bien ou l'intérêt de l'argent, selon les cas. Il n'y a pas ici, à proprement parler, une dérogation à la règle de l'art. 1153, qui ne fait courir les intérêts moratoires dans les obligations de sommes d'argent, que du jour de la sommation : c'est la jouissance du bien qui fait retour à la masse, comme après l'extinction d'un usufruit ; c'est plutôt une question de *propriété* qu'une question d'*obligation*. La succession est réputée comprendre les biens sujets au rapport.

Pour les fruits antérieurs au décès, on applique en général à l'héritier les mêmes règles qu'à un usufruitier : il est réputé avoir acquis les fruits civils jour par jour ; il ne fait siens les fruits en nature que par leur perception.

de rapport, ce serait « annuler la libéralité juste au moment où elle peut recevoir son exécution » (D. 1898. 4. 19, col. 3). Le rapport des primes ne se justifie qu'autant qu'elles sont prises sur le capital; celles qui sont payées sur les revenus n'ont pas appauvri la succession (Dupuich, *loc. cit.*).

B. — Donations exemptes du rapport.

1° Observations générales.

2262. Ancien motif de l'exemption. — L'art. 852, qui énumère les donations exemptées du rapport, est le résumé d'un passage de POTHIER (*Successions*, chap. IV, art. 2, § 3), mais sa rédaction en a profondément altéré l'esprit. La loi moderne a généralisé des décisions qui n'avaient qu'une portée relative. Pothier admettait la dispense du rapport pour *certaines dépenses faites par les parents dans l'intérêt de leurs enfants* ; il ne s'occupait que des successions en ligne directe, les seules dans lesquelles les dons entre vifs fussent alors rapportables. En lui empruntant sa disposition pour la faire passer dans la loi, on lui a donné une portée absolue, puisque le principe du rapport des dons s'applique aujourd'hui même aux successions collatérales. Et de fait, la dispense profite aujourd'hui à tout successible qui a reçu ces mêmes avantages d'un parent quelconque.

Il est résulté de là une insuffisance dans le motif de la disposition, insuffisance que les auteurs de la loi n'ont probablement pas aperçue. Venant des parents, ces dépenses devaient être considérées moins comme des *libéralités* que comme l'*accomplissement d'un devoir,* les parents ayant l'obligation d'entretenir et d'élever leurs enfants. Faites au profit d'un parent collatéral, ces mêmes dépenses ne sont plus obligatoires, et on ne voit plus pourquoi le Code les exempte du rapport. — Cette inconséquence entre la cause et l'effet n'a pas de résultats fâcheux, car autant ces dépenses sont fréquentes au profit des enfants, autant elles sont rares au profit de collatéraux.

2263. Justification moderne. — Par un phénomène fréquent dans l'histoire des législations, en changeant d'application, la loi s'est trouvée avoir aussi changé de *motif*. L'ancien ne pouvant plus suffire, on lui en a cherché un autre. On a proposé de dire que si ces dépenses ne sont pas rapportables c'est qu'elles sont *prises sur les revenus*. Il y a là en effet un motif assez sérieux d'écarter l'idée du rapport : le rapport est destiné à rétablir l'égalité entre les héritiers dans le partage de la fortune du défunt, mais les sommes prélevées sur les revenus au profit de l'un des successibles ne diminuent pas la part des autres ; le défunt aurait pu les dépenser lui-même ; elles ne doivent donc pas être déclarées rapportables.

Cependant ce motif, qui est une nouveauté dans notre droit, est encore fort loin d'être accepté par la doctrine. La plupart des auteurs s'attachent à démontrer que, pour savoir si une donation est dispensée du rapport, il faut considérer son *objet,* et non pas la *nature des ressources* à l'aide desquelles le donateur a pu la faire.

2264. Jurisprudence. — Pendant quelque temps la jurisprudence

des cours d'appel a paru pencher vers l'idée que les donations non rapportables sont celles qui sont faites avec les revenus et que l'obligation du rapport apparaît dès que le donateur a entamé son capital. Voyez en ce sens : Caen, 13 déc. 1872, S. 73. 2. 251 ; Bourges, 10 déc. 1879, D. 81. 2. 22 ; Orléans, 2 août 1890, D. 91. 2. 209. Elle y mettait toutefois ce correctif que pour être exemptes du rapport, ces libéralités doivent être *modiques* et ne peuvent consister, par exemple, en sommes importantes par l'accumulation de plusieurs années de revenus (Lyon, 24 juin 1859, et autres décisions citées dans Dalloz, *Suppl.*, v° Successions, n° 828).

En outre, et toujours par application de la même idée, la jurisprudence faisait cesser l'exemption du rapport accordée par l'art. 852 pour les dépenses d'éducation d'un enfant, lorsque ces dépenses ont été *excessives*, eu égard à la fortune du père et à celles qui ont été faites pour les autres enfants (Nancy, 7 juill. 1872, sous Cass., D. 75. 1. 107).

Enfin la Cour de cassation a introduit un principe rigide qui mettra fin sans doute à tout développement ultérieur de la jurisprudence : *Est sujette à rapport toute libéralité, même faite sur les revenus, si elle ne rentre pas dans les termes de l'art.* 852. C'est la *cause* et la *nature* de la dépense, et non l'origine des fonds, qu'il faut considérer pour savoir si elle est rapportable (Cass., 13 avril 1899, D. 1901. 1. 233, avec une note conforme de M. Boistel. — Voyez aussi la note de M. Dupuich, D. 1900. 2. 489 et les renvois ; et Cass. belge, 27 févr. 1902, D. 1903. 2. 445)[1]. Il résulte de cette jurisprudence une contradiction frappante : un père, qui a plusieurs enfants, possède un bien qui lui rapporte annuellement 1 000 francs ; s'il en fait *donation entre vifs* à l'un de ses enfants et meurt 20 ans après, le donataire rapportera le capital et conservera les *fruits* perçus par lui pendant 20 ans, soit 20 000 francs ; si le père conserve son bien et en donne annuellement le *revenu* à son fils, celui-ci aura à rapporter 20 000 francs et n'aura en définitive rien reçu. C'est un résultat injustifiable : le prétendu donataire fait l'office d'une caisse d'épargne ; il est tenu de capitaliser au profit de ses futurs cohéritiers les fonds qu'il est censé recevoir pour sa dépense annuelle.

2° Énumération.

2265. Frais d'entretien et d'éducation. — L'art. 852 énumère comme ne devant pas être rapportés :

1° *Les frais de nourriture et d'entretien.* — La disposition de la loi est surtout intéressante à noter quand ces frais ont été acquittés en argent pour un enfant mis en pension. La dispense de rapport a lieu, alors même qu'il n'y avait aucune obligation légale et que le successible avait des ressources suffisantes pour vivre (Cass., 26 janv. 1904, D. 1904. 1. 521).

[1] Cette jurisprudence est vigoureusement combattue par M. Dupuich. Voyez sa note au *Dalloz*, 1900. 2. 489, et surtout D. 1910. 2. 329 et suiv.

2° *Les frais d'éducation et d'apprentissage.* — Ces frais doivent être soigneusement distingués des *frais d'établissement*, qui sont soumis au rapport d'une manière expresse par l'art. 851, et la distinction est souvent arbitraire. Les auteurs modernes considèrent les *frais de doctorat* comme frais d'éducation, alors que Pothier les rangeait avec les frais de *maîtrise* dans les arts mécaniques (sous le régime des jurandes et des corporations) parmi les frais d'établissement (édit Bugnet, t. VIII, p 162)[1]. Pour les *achats de livres*, il faut distinguer : les *livres d'étude* font partie des frais d'éducation ; le don d'une *bibliothèque* sert à l'établissement et est rapportable.

3° *Les frais ordinaires d'équipement.* — Disposition empruntée aux anciennes coutumes, qui remonte aux usages de la chevalerie, mais qui reçoit encore son application aux jeunes gens qui entrent dans l'armée comme officiers. Il est cependant remarquable qu'en ce cas il s'agit véritablement de l'établissement de l'enfant.

Les 1 500 francs du volontariat, que payaient les *engagés conditionnels d'un an* en vertu de la loi du 27 juillet 1872, abrogée en 1889, sont également dispensés du rapport, en partie comme frais d'équipement, en partie comme frais de nourriture. D'après l'art. 55 de cette loi le volontaire était « habillé, monté, équipé et entretenu à ses frais » et la somme versée par lui était censée représenter les frais occasionnés par l'entretien du volontaire pendant sa présence sous les drapeaux (voyez les décisions diverses citées dans Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 822, et notamment Grenoble, 10 juill. 1885, *Recueil de Grenoble*, 1886, p. 160)

2266. Frais de noces. — En dispensant du rapport les frais de noces, le Code met fin à beaucoup d'incertitudes qui s'étaient prolongées jusqu'à la fin de notre ancien droit (voyez Ferrière, *loc. cit.*, n° 15). Ferrière donnait une raison décisive pour l'exemption du rapport : c'est que ces frais sont faits, non pour l'avantage des mariés qui n'en profitent guère, mais pour l'honneur personnel des père et mère et pour l'avantage de toute la famille. Pothier, moins clairvoyant, les faisait rentrer dans les « frais de nourriture », ce qui est évidemment une méprise.

2267. Présents d'usage. — Quand l'art. 852 parle des « frais de noces et présents d'usage », il est visible qu'il s'occupe uniquement des *cadeaux de noces*. On en acquiert la certitude quand on voit que cet article est emprunté aux anciens auteurs qui, comme Pothier et Ferrière, s'occupaient uniquement des habits de noces, bagues et joyaux donnés aux mariés et des cadeaux et gratifications accordés à cette occasion à toutes sortes de gens.

Mais dans la pratique moderne on donne au texte une portée générale en dissociant ces deux choses que le texte a réunies dans un même membre de phrase, et on considère comme exempts du rapport les *cadeaux*, faits au successible à n'importe quelle occasion, étrennes, anniversaires, baptêmes, etc.

Cas douteux. — On peut hésiter parfois pour savoir si un cadeau rentre dans les « présents d'usage » ou s'il constitue un don manuel ordinaire dont le rapport peut être demandé. La difficulté se présente principalement pour le *trousseau* donné à l'enfant à l'occasion de son mariage. Elle reçoit en pratique des solutions variables. Le trousseau est rapportable : 1° lorsqu'il est compris dans la constitution de dot, dont il forme ainsi un accessoire ; 2° même lorsqu'il n'y est pas compris, si sa valeur est considérable. Comp. Paris, 15 janv. 1853, D. 53. 5. 392, S. 53. 2. 633.

§ 5. — *Modes et effets du rapport.*

****2268. Les deux formes du rapport.** — Le rapport peut se faire de deux façons ; *en nature* ou *en moins prenant* (art. 858). Le rapport en

[1] Comparez ce qu'en dit Ferrière, *Compilation*, sur l'art. 303, § 5, n°s 7 à 9. Il y avait eu un arrêt en 1651 qui avait dispensé du rapport les frais du doctorat.

nature consiste dans la remise réelle des choses données, qui sont réunies à la masse et partagées avec le reste (art. 829). Le rapport en moins prenant suppose que le successible gratifié conserve en nature les biens qui lui ont été donnés ou légués, et que l'égalité est rétablie au profit de ses cohéritiers, soit par des prélèvements en leur faveur pour une valeur égale, soit par une imputation des choses rapportables sur la part de celui qui les a reçues (art. 830)[1] : il prend alors *en moins* la valeur dont il est déjà nanti ; d'où le nom donné à cette forme de rapport.

Du reste, il est bien évident que le rapport en moins prenant n'est possible qu'autant que l'objet à rapporter est inférieur en valeur à la part héréditaire de celui qui le possède. S'il est supérieur à cette part, l'héritier doit rapporter en nature tout l'excédent, de sorte que son acceptation l'appauvrit. Aussi cela se voit-il rarement, car l'héritier qui a reçu entre vifs plus que sa part renonce pour conserver son don.

2269. Application. — En général l'héritier soumis au rapport n'a pas le choix entre les deux procédés. C'est tantôt l'un et tantôt l'autre qui doit être employé, selon la nature de la libéralité et selon la nature des biens à rapporter.

Le *rapport des legs* se fait *toujours en moins prenant*. C'est du moins ce qui résulte du nouvel al. 2 de l'art. 843, ajouté par la loi du 24 mars 1898. Aux termes de ce texte, quand le legs est rapportable, le légataire ne peut « le réclamer qu'en moins prenant ». Donc il a toujours le droit d'obtenir en nature la chose léguée, sauf à la précompter sur sa part[2]. C'est aussi la solution qui paraît la plus naturelle : astreindre le légataire à effectuer un rapport en nature, c'est enlever toute utilité à la disposition testamentaire qui le gratifie[3].

Pour les choses données, le rapport se fait *tantôt en nature* et *tantôt en moins prenant*, selon certaines distinctions indiquées aux n^os^ suivants.

Pour les cas exceptionnels où le successible a le choix entre les deux formes de rapport, voyez ci-dessous, n° 2285.

A. — Rapport des meubles.

1° Mobilier corporel.

****2270. Le principe et son motif.** — Le rapport du mobilier n'a

[1] Ce dernier procédé suppose qu'on ne tire pas au sort les lots une fois composés et qu'on attribue chacun d'eux directement et nominativement à chaque héritier. Il est donc impossible toutes les fois que la loi ordonne le tirage au sort des lots (ci-dessous, n° 2350). Dans ces cas-là, on n'a pas le choix : il faut recourir au système des prélèvements, à la suite desquels on compose des lots égaux qui peuvent être tirés au sort.

[2] Avant 1898, la question était controversée. La jurisprudence tendait à appliquer au rapport des legs les mêmes règles qu'au rapport des dons (Cass., 11 févr. 1879, D. 79. 1. 297, S. 80. 1. 201).

[3] Ce reproche pouvait être fait au système de la jurisprudence antérieur à 1898. Ainsi l'arrêt de 1879 cité à la note précédente aboutit à exiger le rapport en nature dans certains cas. On a même vu un arrêt (Caen, 23 déc. 1879, D. 81. 2. 209, S. 80. 2. 329) qui imposait *toujours* au légataire le rapport en nature.

jamais lieu qu'en moins prenant (art. 868). L'héritier ne peut pas offrir un rapport en nature à ses cohéritiers et ceux-ci ne peuvent pas le lui demander, à moins que le défunt n'y ait astreint expressément son donataire.

L'art. 868 ne concerne que les dons de *meubles en nature,* car on voit réglé à part, dans l'article suivant, le rapport des dons faits en argent.

Si on n'oblige pas l'héritier à rapporter effectivement les biens qu'il a reçus, c'est qu'on suppose que les autres héritiers trouveront dans la succession d'autres objets mobiliers qu'il pourront prélever pour rétablir l'égalité entre eux. Un rapport en nature ne leur ferait souvent obtenir que des objets détériorés par l'usage qu'en a fait le donataire.

***2271. Conséquence.** — Il résulte du principe appliqué au rapport du mobilier : 1° que le donataire en devient *propriétaire définitif* et n'a à craindre aucune résolution de son droit ; 2° que *les risques sont pour lui* et que si la chose qu'il a reçue périt ou se détériore, il n'en est pas moins obligé d'en rapporter la valeur.

2272. Valeur rapportable. — Quelle sera la valeur du prélèvement à effectuer au profit des autres héritiers ? Cette valeur est *celle qu'avait l'objet donné au moment de la donation* (art. 868). Sur une difficulté que soulève la combinaison de cet article avec l'art 922, voyez ci-dessous, n° 3090.

En général cette valeur sera connue par l'*état estimatif,* qui a dû être annexé à la donation à peine de nullité. Au cas où cet état ne se retrouve pas, ou bien s'il s'agit d'une donation déguisée ou d'un don manuel, qui a pu se faire sans cette formalité, on fait déterminer par experts la valeur des objets donnés (art. 868). L'estimation doit être faite à juste prix et « sans crue ». Sur le sens de ces mots, voyez ci-dessous, n° 2360, à la note.

2° Numéraire.

2273. Mode des prélèvements. — Au cas très fréquent où ce qui a été donné était de l'argent comptant, l'art. 869 règle la façon dont se feront les prélèvements au profit des autres héritiers : ils prendront d'abord le numéraire qui se trouve dans la succession, et s'il n'y en a pas assez, ils prendront des meubles en nature, et à défaut de meubles des immeubles ; ils ne peuvent pas obliger leur cohéritier donataire ou légataire à rapporter du numéraire à la masse. Pour éviter un déboursé d'argent qui pourrait être fâcheux pour le successible, la loi déroge ainsi à la règle générale formulée par l'art. 830.

3° Meubles incorporels.

2273. Controverse. — Un doute est né sur la règle applicable aux créances, rentes, valeurs mobilières et autres meubles incorporels qui peuvent être sujets au rapport. Sont-ils compris dans la disposition de l'art. 868 qui parle du « mobilier » sans préciser ? Comme ce texte fait allusion à l'existence d'un état estimatif, il semble se référer uniquement aux donations de meubles corporels. Néanmoins on admet d'ordinaire que ce texte règle d'une manière générale le rapport de tout le mobilier sans distinction ; les art. 859 à 867 s'occupent en détail du rapport des immeubles ; les art. 868 et 869, qui les suivent,

doivent régir tout ce qui n'est pas immeuble. Le rapport de ces valeurs se fera donc en moins prenant.

B. — Rapport des immeubles.

****2275. Le principe et son motif.** — En principe le rapport des immeubles se fait *en nature* ; ce n'est que *par exception* qu'il se fait en moins prenant dans certains cas (art. 859). L'obligation de rapporter en nature est le système primitif, celui de la *collatio* romaine [1]. On l'avait conservé dans notre ancien droit, parce que l'on tenait à « maintenir entre les enfants une égalité parfaite qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages pendant que les autres n'auraient que de l'argent dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi » (POTHIER, *Successions*, chap. IV, art. 2, § 7).

Cette raison a beaucoup perdu de son importance depuis que la richesse mobilière s'est accrue et partage avec les immeubles la faveur du public. De nos jours, le rapport en nature est inutile en lui-même, et par les conséquences redoutables qu'il entraîne il a des résultats fâcheux qui rendent désirable l'établissement d'un système contraire à l'ancien, et qui serait la pratique du rapport en moins prenant, quelle que soit la nature du bien donné. Nous n'avons pas besoin de réforme législative pour cela : la forme du rapport n'étant pas d'ordre public, le donateur pourrait permettre au donataire d'effectuer son rapport en moins prenant, puisqu'il pourrait l'en dispenser totalement. Que cette clause devienne de style dans les donations notariées, et le changement sera fait.

1° Rapport en nature des immeubles.

***2276. Réunion à la masse.** — Quand le rapport d'un immeuble se fait en nature, la propriété exclusive qu'en avait le donataire se trouve résolue et remplacée par la copropriété de tous les ayants droit : le bien *rentre dans l'indivision* : il se « réunit à la masse », comme dit l'art. 865, et il est compris dans le partage. Il est donc possible qu'il soit finalement attribué à un autre que celui qui l'avait reçu.

****2277. Résolution des droits réels.** — Cette résolution du droit du donataire se produit *avec effet rétroactif*. La loi fait disparaître tous les droits réels nés de son chef sur l'immeuble, par sa volonté ou en vertu de la loi, servitudes, usufruits, hypothèques, etc. L'art. 865 dit que les biens rapportés se réunissent à la masse « francs et quittes de toutes charges créées par le donataire ». Cela est tout simple : ce que le donataire doit rapporter, c'est ce qu'il a reçu et non ce qui lui reste ; s'il a amoindri la valeur de l'immeuble en établissant sur lui des charges, ces charges disparaissent pour qu'il puisse rendre toute la valeur dont il avait profité par l'effet de la donation [2].

[1] « Conferre cogitur », disent les textes en parlant de l'héritier soumis à la *collatio*, et ce qui prouve bien qu'il y avait *remise effective*, c'est qu'on parle d'une *demeure* possible : Quæ moram collationi fecit » (*Dig.*, liv. XXXVII, tit. 7, fr. 5, § 1).

[2] Notons que le Code roumain (art. 765) et le Code italien (art. 1016) maintiennent l'hypothèque établie sur l'immeuble sujet à rapport.

2278. Intervention des tiers. — Cet effet résolutoire du rapport en nature est extrêmement fâcheux, parce qu'*il réfléchit contre les tiers*. Afin de l'atténuer, la loi permet aux intéressés d'intervenir au partage « pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits » (art. 865), c'est-à-dire pour obtenir autant que possible que l'immeuble soit remis dans le lot du donataire, de façon que la propriété de celui-ci, résolue provisoirement par l'effet du rapport, se trouve en quelque sorte restaurée par l'effet déclaratif du partage, ce qui aura pour résultat de maintenir définitivement leurs droits [1]. La situation des tiers, ayants cause du donataire, dépend donc de la façon dont le partage se fera ; leur intervention empêchera une collusion dirigée contre eux. Peut-être même pourront-ils éviter que le rapport se fasse en nature quand il est possible de le faire en moins prenant, conformément à l'art. 859 (ci-dessous, n° 2287).

2279. Risques. — Le successible tenu d'un rapport en nature est débiteur d'un *corps certain* envers la succession du donateur, car il est obligé de lui restituer un immeuble déterminé, celui qu'il a reçu. Par suite, si cet immeuble périt par cas fortui avant l'ouverture de la succession, l'obligation de rapporter disparaît. Comme le di l'art 855, il n'est plus « sujet à rapport ».

Telle est la façon commune d'expliquer cette règle. Mais au lieu de rattacher l'art. 855 à l'art. 1302 et au principe de la libération des débiteurs de corps certains par la perte de la chose, ne pourrait-on pas dire, ce qui serait plus simple, que la *propriété* du donataire est *résoluble*, et que le droit éventuel de ses cohéritiers, qui devaient rentrer en possession de l'immeuble par le seul fait de l'ouverture de la succession, s'évanouit *faute d'objet* ? Au lieu de voir là une question d'*obligation*, on y verrait une simple cause d'*extinction d'un droit de propriété*.

De toute façon, il est bien évident que l'art. 855 vise seulement la perte *fortuite*, et que, si l'immeuble périssait par la faute du débiteur, il en serait responsable. D'ailleurs la perte totale est difficilement réalisable pour les immeubles corporels : s'il y a eu démolition d'un bâtiment ou incendie, il restera toujours au moins le sol, qui sera rapportable.

2280. Question relative à l'indemnité d'assurance. — Au cas où des bâtiments existant sur l'immeuble donné ont été détruits ou endommagés par un incendie, dont la cause est fortuite ou inconnue, l'héritier n'est pas tenu de rapporter l'indemnité qu'il a touchée d'une compagnie d'assurances. Telle est du moins la solution que donnent tous les auteurs, et elle est fondée sur la notion même du contrat d'assurance : l'indemnité est considérée comme la représentation des primes payées par le donataire ; il aurait pu se dispenser de les payer et laisser le risque au compte de la succession ; seul il a supporté cette charge, seul il doit bénéficier du contrat passé avec la Compagnie. C'est une conception un peu étroite ; l'assurance contre l'incendie est tellement entrée dans nos habitudes que le service des primes est considéré comme une charge normale de la propriété. C'est avec les revenus de l'immeuble qu'on lui a donné que le donataire a fait face à l'exécution du contrat, et l'indemnité d'assurance n'a aucun rapport avec son patrimoine personnel ; si on la lui laisse, elle y restera sans aucun motif raisonnable. D'autre part, notre droit s'achemine rapidement vers l'idée d'une *subrogation réelle*, qui substituera

[1] L'art. 865 n'accorde expressément cette faculté d'intervention qu'aux créanciers hypothecaires, mais il n'est pas douteux qu'elle existe également au profit des autres intéressés, par exemple d'un voisin ayant obtenu une servitude. La loi a parlé des créanciers parce que les « charges » créées par le donataire sont ordinairement des hypothèques.

entièrement l'indemnité à la chose assurée (L. 19 février 1889, relative aux créanciers hypothécaires), mais son évolution sur ce point n'est pas encore assez avancée pour que nous puissions donner la même solution en matière de rapport.

2281. Indemnité au cas de détériorations. — Lorsque l'héritier rapporte l'immeuble en nature, mais détérioré *par sa faute*, il est obligé de tenir compte à ses cohéritiers de la perte qu'il leur cause (art. 863). Il savait qu'il n'était pas propriétaire définitif de l'immeuble : il devait donc respecter en lui la chose d'autrui.

Toutefois la somme qu'il pourrait devoir de ce chef à ses cohéritiers se compenserait avec celle qui lui serait due à raison d'améliorations faites par lui. Voyez le n° suivant.

***2282. Restitution des impenses.** — Si l'héritier est responsable des détériorations causées par lui, il a droit en revanche au remboursement au moins partiel des sommes qu'il a dépensées dans l'intérêt de l'immeuble.

L'art. 861 lui donne droit à indemnité pour ses dépenses utiles *jusqu'à concurrence de la plus-value existant au jour du partage.*

Au cas (assez difficile à réaliser) où la plus-value produite par des impenses utiles serait supérieure à la dépense, l'héritier n'aurait néanmoins droit qu'à la somme déboursée par lui. En effet, l'art. 861 veut seulement qu'il lui soit « tenu compte de ses impenses » ; il ne peut donc rien réclamer au delà de ce qu'il a payé.

La plus-value étant la condition de tout remboursement à l'héritier, il s'ensuit qu'il n'a aucune réclamation à faire valoir à raison d'impenses *voluptuaires,* lesquelles n'augmentent point la valeur de la chose. Il reprend seulement ce qui peut être enlevé sans détérioration (arg. art. 599).

Quant aux dépenses *nécessaires*, l'art. 862, appliquant une règle très générale en droit, lui permet de les réclamer *en totalité,* pour la raison que le défunt aurait été lui-même obligé de les supporter, s'il avait gardé son bien jusqu'à sa mort.

Ne sont pas comprises dans les impenses nécessaires, les simples dépenses d'entretien qui ont cependant un caractère de nécessité, mais qui sont considérées comme une charge des fruits, lesquels restent acquis au donataire,

***2283. Droit de rétention.** — Le remboursement des sommes dues à l'héritier pour impenses est assuré par le droit de rétention. L'art. 867 lui permet de retenir l'immeuble *jusqu'au paiement effectif.* Voyez t. II, n° 2524-1°.

2284. Moment du règlement de comptes. — Pour apprécier la plus-value ou moins-value subie par l'immeuble, l'art. 861 veut qu'on se place *au temps du partage.* Quelques auteurs ont soutenu qu'il y avait là une erreur de rédaction, et que l'on devait considérer la valeur de l'immeuble au jour du décès Il est bien vrai que l'art 860 indique l'ouverture de la succession pour apprécier la somme due dans le rapport en moins prenant ; mais il n'y a nulle raison de donner une règle identique pour les deux sortes de rapports ; c'est au moment où se fait le partage que les cohéritiers souffrent ou

profitent de la différence de valeur causée par le donataire ; c'est donc à ce moment qu'il faut l'estimer.

2° Cas où le rapport des immeubles se fait en moins prenant.

2285. Distinction. — Le rapport en nature est la règle pour les immeubles ; mais ce n'est pas une règle absolue : leur rapport se fait même assez fréquemment en moins prenant. Dans les deux premiers cas indiqués ci-dessous, le rapport en moins prenant est *facultatif* pour le donataire qui pourrait, s'il le préférait, effectuer son rapport en nature ; dans les trois cas suivants, il n'a pas ce choix, le rapport en nature étant impossible en fait ou en droit.

La loi ajoute un sixième cas (art. 866), dans lequel il s'agit plutôt d'une question de réduction que d'une question de rapport. Nous nous en occuperons à propos de la réduction des libéralités (ci-dessous, n°s 3125 et suiv.).

a. — *Dispense accordée par le défunt.*

***2286. Possibilité de cette dispense.** — Sachant combien les rapports en nature, avec l'effet résolutoire qu'ils entraînent, sont fâcheux pour le donataire, le donateur peut l'autoriser à effectuer son rapport en moins prenant. Comp. ci-dessus, n° 2275. Cette dispense est valable (Cass., 11 févr. 1879, D. 79. 1. 297 ; Riom, 7 janv. 1891, D. 92. 2. 241).

b. — *Existence d'autres immeubles dans la succession.*

***2287. Motif de la dispense.** — Même quand la volonté du disposant ne l'y a pas autorisé, le donataire peut faire son rapport en moins prenant, quand il existe dans la succession « des immeubles *de même nature, valeur et bonté*, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers » (art. 859). Un rapport en nature n'est plus nécessaire en pareil cas pour assurer l'égalité de situation entre les héritiers : chacun d'eux pourra obtenir de « bons héritages », comme on y tenait tant à l'époque du Code, et le principe de l'*identité de composition* des lots sera respecté. Comp. coutume de Paris, art. 305 ; coutume d'Orléans, art. 306, etc.

2288. Sa condition. — Il n'est pas nécessaire que les immeubles restants soient *exactement* semblables et de même valeur : la loi se contente qu'on en puisse former des *lots à peu près égaux*. S'il y a quelque différence, elle se balance au moyen d'une *soulte*.

c. — *Perte totale de l'immeuble.*

2289. Sa rareté. — On doit supposer une perte totale *imputable à faute* au donataire, dans un cas où il y aurait eu lieu à rapport en nature. Comme il a privé la succession de la valeur de ce bien, qui lui serait revenu de plein droit par l'effet d'un rapport, le donataire doit lui en payer la valeur. Alors il y a plutôt *indemnisation d'un dom-*

mage que *rapport d'un immeuble.* C'est la représentation d'un rapport en nature sous la forme de dommages-intérêts. Du reste l'hypothèse n'est pas prévue par la loi, et elle est difficilement réalisable en fait.

d. — *Aliénation antérieure de l'immeuble.*

** **2290. Caractère traditionnel de la règle.** — De tout temps on a considéré l'héritier débiteur d'un rapport en nature comme *s'étant mis par son fait dans l'impossibilité de remplir cette obligation,* lorsqu'il avait aliéné l'immeuble (Pothier, *Cout. d'Orléans,* introd. au tit. XVII, n° 92 ; *Successions,* chap. IV, art. 2, § 7, 5°). On l'obligeait alors à en rapporter la valeur en argent, en disant qu'il n'avait pas pu par son fait changer son obligation. Le Code n'a donc fait que reproduire, dans l'art. 860, une solution traditionnelle, et il n'en faut point chercher de raison *économique* ou *utilitaire.* L'héritier n'est pas alors « dispensé » d'opérer son rapport en nature ; on juge ce rapport *impossible,* et on fait payer à l'héritier l'*équivalent en argent* du bénéfice qu'il aurait procuré aux autres, comme on le fait pour tout débiteur tenu d'une *obligation de faire* et qui se met dans l'impossibilité d'exécuter.

2291 Fausse interprétation. — Les auteurs qui ignorent l'origine de la règle se sont mis en quête des motifs rationnels qui avaient pu la faire introduire et ils ont jugé que ce devait être *le désir de favoriser la circulation des biens.* Mais alors pourquoi ce même Code a t-il si peu de souci du *crédit* et fait-il disparaître les *hypothèques* ? Voilà en quelles erreurs on tombe quand on néglige d'expliquer le droit par l'histoire

2292. Conséquence économique. — Quoi qu'il en soit de son motif, la règle a aujourd'hui une conséquence économique heureuse : elle met l'acquéreur à l'abri de l'effet résolutoire du rapport. On ne peut pas l'atteindre, même si l'héritier, débiteur d'une somme d'argent, est insolvable et hors d'état de la payer. C'est là une différence remarquable entre le rapport et la réduction. Sur cette dernière, qui permet d'atteindre les tiers, voyez ci-dessous, n°s 3116 et suiv.

2293. Cas d'application. — Le Code suppose que l'aliénation a été faite « avant l'ouverture de la succession » (art. 860). On en conclut qu'une aliénation faite *depuis le décès* du donateur ne serait *pas opposable aux autres cohéritiers* : dès le jour où la succession s'ouvre, l'immeuble est réputé réuni à la masse et ne peut plus être aliéné par le donataire.

2294. Somme due par l'héritier. — Le donataire doit à la succession ce que valait l'immeuble *au jour où elle s'est ouverte* (art. 860). Je ne sais si les auteurs de la loi ont eu ici l'intention de changer la règle admise : Pothier disait qu'on appréciait la valeur de l'immeuble *au jour du partage.* Ordinairement les deux époques sont peu éloignées l'une de l'autre, et il ne survient aucun changement dans l'intervalle ; s'il s'en était produit, on devrait n'en pas tenir compte, pour se conformer au texte [1].

[1] Je serais porté à croire que la formule employée par l'art. 860 n'a pas été écrite avec l'intention d'introduire une différence qui complique inutilement cette théorie, car l'art. 861 veut que la plus-value résultant d'impenses soit appréciée « au temps du partage », et cela « dans tous les cas », c'est-à-dire que le rapport se fasse en nature ou en moins prenant. Comment appréciera-t-on la *valeur* de l'immeuble au jour du décès, s'il faut apprécier sa *plus-value* au jour du partage ?

Pour déterminer la somme due, on devra faire abstraction des *augmentations de valeur* dues à des *impenses* faites par l'héritier ou par le tiers acquéreur, car la plus-value qui en est résultée n'est pas un bien qui provienne du défunt. Si l'héritier faisait le rapport en nature, il faudrait lui tenir compte de ces impenses jusqu'à concurrence de la plus-value.

A l'inverse on doit rechercher les détériorations causées par l'héritier, car si l'immeuble était rapporté réellement il serait redevable d'une indemnité envers la succession ; on devra donc ajouter à la valeur actuelle de l'immeuble la somme qui représente la dépréciation imputable à l'héritier et la lui faire payer.

Les augmentations ou diminutions provenant du fait de l'acquéreur sont traitées comme celle qui ont l'héritier pour auteur (art 864).

Quant aux variations de valeur dont la cause est fortuite, elles profitent ou nuisent à la succession, comme si l'immeuble n'était pas sorti du patrimoine du défunt.

2295. Effet de la perte totale. — Si, au lieu de se déprécier, l'immeuble avait totalement péri par cas fortuit, le donataire serait libéré, en supposant la perte antérieure au décès. En effet il ne doit que la valeur qu'avait l'immeuble à cette époque (art. 860). Au cas où la perte surviendrait après la vente de l'immeuble, l'héritier en conserverait le prix ; il réalise alors un profit, mais non aux dépens de la succession.

A partir du décès, la perte serait pour l'héritier tenu du rapport ; il s'opère à ce moment une sorte de novation dans son obligation : au lieu de devoir un immeuble, qui est un corps certain, il doit une somme d'argent, ce qui est une *dette de genre*.

2296. Règle spéciale aux aliénations forcées. — Du reste, les règles légales reçoivent une dérogation traditionnelle au cas où l'aliénation, au lieu d'être volontaire de la part de l'héritier, lui a été imposée, par exemple par une *expropriation pour cause d'utilité publique* ou par une *licitation* demandée par les personnes avec lesquelles il se trouvait dans l'indivision, s'il n'a reçu qu'une part indivise. On le tient quitte alors en rapportant *le prix qu'il a reçu*. Pothier distinguait soigneusement les deux hypothèses d'aliénation forcée et d'aliénation volontaire ; le Code a oublié de rapporter cette distinction, mais la jurisprudence l'a maintenue (Cass., 17 mai 1876, D. 76. 1. 498, S. 76. 1. 292).

Bien entendu, le donataire ne bénéficierait pas de cette exception si la vente forcée qu'il a subie était arrivée par sa faute, s'il s'agissait par exemple d'une saisie pratiquée par des créanciers, car cette aliénation, toute forcée qu'elle est, vient encore de son fait.

e. — *Rapport en moins prenant imposé par le défunt.*

***2297. Validité de la clause.** — Au lieu de dispenser son donataire de l'obligation de rapporter en nature, ce qui lui laisserait l'option entre les deux procédés, le défunt a pu lui imposer l'obligation de rapporter en moins prenant. Il a même été jugé que le défunt peut fixer *à forfait* la somme à rapporter et que le donataire ne peut offrir à ses cohéritiers une somme moindre, en alléguant que la valeur de l'immeuble a diminué depuis la donation (Riom, 9 déc. 1890, D. 92. 2. 237). Cette décision est bien douteuse. Comment peut-il dépendre du défunt d'augmenter l'étendue du rapport, alors que celui-ci est imposé uniquement pour maintenir l'égalité entre cohéritiers ? Un rapport peut être dû *en deçà* des règles générales fixées par la loi, auquel cas il y aura *dispense partielle* ; il ne peut pas être dû *au delà,* auquel cas il n'y aurait plus *rapport,* mais *avantage* procuré par l'un des héritiers aux autres.

§ 6. — *Rapport des dettes.*

2298. Bibliographie. — Deschamps, *Du rapport des dettes*, 1888. — Edm Meynial, *Du rapport des dettes*, thèse, Paris, 1886.

A. — Notion générale.

2299. Histoire. — Inconnu en droit romain, le rapport des dettes s'est introduit dans notre ancien droit au xvie siècle (arrêt dit *des Tavereaux*, dans Louet, lettre R, sommaire XIII). Pothier en parle fort peu (édit. Bugnet, t. VIII, p. 159), le Code fait de même et il ne lui consacre qu'un seul article (art. 829)[1]. Aussi pendant longtemps les auteurs qui commentaient le Code civil ne s'y attachèrent pas. C'est seulement vers 1880 que l'on commença à s'en occuper sérieusement, et l'on peut dire qu'aujourd'hui les principaux points qui ont fait difficulté sont complètement élucidés.

2300. Législations étrangères. — Le Code roumain (art. 738-739) et le Code italien (art. 901), qui sont presque contemporains, ont reproduit la disposition de notre art 829. Mais le Code néerlandais a supprimé le rapport des dettes (art. 1032) et le Code allemand l'ignore.

****2301. Principe.** — Il est absolument certain, par toute l'histoire de notre jurisprudence en cette matière que l'obligation de rapporter les dettes n'est qu'*une suite et une application du rapport des dons et des avantages indirects faits par le défunt.* On a considéré que le père qui prête de l'argent à son fils et n'en exige pas le remboursement pendant sa vie lui fait une donation en avancement d'hoirie, et que le prêt qu'il fait ainsi ne peut pas être assimilé à un prêt fait à un étranger. Ce serait d'ailleurs rompre l'égalité entre les enfants, que de laisser à l'un l'argent comptant tandis que les autres seraient réduits à une créance contre lui (Lebrun, *Successions*, liv. III, chap. vi, section 2, n°s 2 et suiv.; Pothier, *Successions*, chap. iv, art. 2, § 2).

C'est ce principe originaire du rapport des dettes qu'il ne faut jamais perdre de vue, si l'on veut se rendre compte des difficultés qui surgissent à son occasion[2]. Il est admis en jurisprudence d'une façon indiscutable. Voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 831. *Adde* Bourges, 29 juill. 1896, D. 99. 2. 105, S. 99. 2. 289, note de M. Wahl; Cass., 21 oct. 1902, D. 1907. 1. 41, note de Ambr. Colin.

***2302. Extension moderne.** — Nos anciens auteurs ne parlaient que

[1] On remarquera que cet article est le seul qui mentionne le rapport des dettes et qu'il est placé hors du chapitre spécial consacré à la réglementation des rapports dont il énonce seulement le principe.

[2] Par suite le rapport est dû à la succession de la personne qui était créancière de l'héritier, et non à la succession d'une autre. Sur la nullité d'une clause contraire, voyez Cass., 28 mars 1905, P. et S. 1908. 1. 17.

du rapport des *sommes prêtées* ; le Code s'exprime en termes bien plus généraux : « Chaque héritier fait rapport à la masse *des sommes dont il est débiteur* ». Cela convient donc à toute espèce de dette. Il y a là une extension considérable, toute naturelle, étant donné le principe, mais qui n'en dépasse pas moins le motif premier qui était l'idée d'une *avance* d'hoirie. Voyez cependant, pour les dettes n'ayant pas le caractère d'une libéralité, un arrêt qui les dispense du rapport (Cass., 29 déc. 1858, D. 59. 1. 162, S. 59. 1. 209).

De plus, comme le rapport des dons, le rapport des dettes s'est trouvé étendu par le Code aux lignes collatérales ; mais il est tout à fait remarquable que cette extension était déjà proposée dans l'ancien droit, tant l'on trouvait « naturelle » cette imputation sur la part de chaque héritier des sommes dont il était débiteur, et on en donnait une raison spéciale tirée de la garantie que se doivent mutuellement les copartageants (Lebrun, *op. cit.*, n° 7).

B. — Dettes sujettes à rapport.

***2303. Controverse pour les dettes à terme.** — L'héritier peut être débiteur de plusieurs manières envers le défunt. On peut classer comme suit les sources diverses de ses dettes :

1° Sommes reçues à titre de *prêt gratuit* ;

2° Sommes dues en vertu de *contrats à titre onéreux* ;

3° Sommes dues à titre de *dommages-intérêts* pour préjudice causé par les délits ou quasi-délits.

L'obligation du rapport s'applique-t-elle à toutes ces dettes indistinctement ? Il n'y a pas de difficulté pour la première catégorie, qui a servi d'*occasion* pour établir le principe du rapport des dettes ; il n'y en a pas non plus pour la troisième, qui se compose de dettes *immédiatement exigibles*.

Il y a au contraire de très sérieuses raisons pour exclure l'idée du rapport, quand il s'agit de *contrats onéreux*, passés entre le défunt et l'un de ses successibles, et d'*obligations non échues* nées de ces contrats. On porte atteinte à la loi des conventions en obligeant l'héritier à s'acquitter immédiatement. Cependant, comme le texte de l'art. 829 est absolu, plusieurs auteurs pensent que son application ne comporte aucune distinction (voyez les citations dans Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 846). J'estime que c'est dépasser sans utilité les limites que la nature de son motif assigne au rapport des dettes : que l'héritier soit soumis à rapporter ce qu'il a reçu du défunt, à raison du lien de parenté, à titre plus ou moins gracieux, sous la forme d'un acte avantageux destiné à lui venir en aide, cela se conçoit ; mais qu'une obligation, peut-être fort lourde, née d'un contrat dont le successible a fourni la contre-partie, devienne immédiatement exigible, contrairement au droit commun et à la volonté commune des parties, voilà qui manque totalement de raison. Jugé en ce sens que l'héritier, débiteur à terme, n'est pas déchu

du bénéfice du terme par l'effet du rapport des dettes (Trib. de Vendôme, 10 août 1889, Dalloz, *Suppl.*, t. XVII, p. 160, note 1, S. 90. 2. 47). D'ailleurs ne peut-on pas soutenir qu'en lui accordant un terme le défunt l'a dispensé de l'obligation du rapport, et que cette espèce de libéralité implicite est valable comme contenue dans un acte onéreux ?

2304. Effets de la remise d'une dette. — Quand le successible a été libéré de sa dette grâce à une remise à lui consentie par le défunt, il n'est pas affranchi pour cela du rapport : s'il n'est plus *débiteur*, il est *donataire*, et doit rapporter à ce titre la somme dont le défunt lui a fait cadeau.

2305. Difficulté pour le cas de concordat. — Si cette remise est l'effet d'un concordat accordé après la faillite, la solution change. La remise concordataire n'est pas une *libéralité* que font les créanciers au failli ; ils la consentent dans leur propre intérêt pour tâcher de sauver la plus forte partie possible de leur créance. Il en résulte que le successible, qui a bénéficié d'un concordat, *ne doit le rapport que de la portion de sa dette qu'il a promis d'acquitter* : il n'est plus *débiteur* du surplus, ou du moins il n'en est plus tenu qu'à titre d'obligation naturelle, dont l'acquittement ne peut pas lui être imposé.

Toutefois cette conséquence de la nature du concordat ne peut être acceptée qu'autant que le successible aurait été tenu du rapport comme *débiteur* ; s'il s'agit d'un *prêt gratuit*, consenti dans son intérêt exclusif, l'acte prend le caractère d'un pur *contrat de bienfaisance*, analogue à une donation, et le successible en doit le rapport, non pas seulement parce qu'il est débiteur, mais aussi parce qu'il a reçu une donation : il en résulte que la remise portée au concordat ne le libère pas (Cass., 4 nov. 1889, D. 90. 1. 435, S. 90. 1. 206).

L'opinion ancienne qui obligeait l'héritier concordataire à rapporter dans tous les cas l'intégralité de sa dette n'est plus guère soutenue aujourd'hui (voyez cependant Bordeaux, 16 août 1870, D. 71. 2 235, et les auteurs cités dans Dalloz, *Suppl.*, v° Succession, n° 855). Une opinion moderne, en faveur surtout chez les auteurs du droit commercial, voudrait au contraire que l'héritier fût dispensé du rapport dans tous les cas. C'est méconnaître la combinaison nécessaire des règles du droit commercial avec celles du droit civil.

C. — Condition et forme du rapport des dettes

* **2306. Effet de la renonciation.** — Le rapport des dettes n'est imposé à l'héritier qu'*autant qu'il accepte la succession*. S'il renonce, il reste bien *débiteur* de ce qu'il devait au défunt, mais les effets spéciaux du rapport des dettes ne se produisent pas. La renonciation produit donc son effet aussi bien pour les dettes que pour les donations : elle affranchit le successible du rapport. Mais une fois la renonciation faite, il faut tenir compte de la différence qui existe entre un *débiteur* et un *donataire ;* le successible qui a reçu un don peut le garder, car son titre ne l'oblige pas à rendre ; celui qui a reçu un prêt reste tenu de se libérer, car son titre l'oblige à rembourser la somme reçue. — Après sa renonciation, ceux qui auraient été ses cohéritiers, s'il avait accepté, lui demanderont non pas le rapport, mais le paiement de ce qu'il leur doit.

2307. Forme. — Le rapport des dettes, ayant pour objet de l'argent,

se fait en moins prenant. L'art. 829 dit en effet qu'il est régi par « les règles ci après établies », ce qui lui rend applicable l'art. 869.

Il résulte de là qu'aucune allocation ne peut être faite dans le partage à l'héritier débiteur d'une somme plus forte que sa propre part (Cass., 29 mars 1892, D. 93. 1. 168). Il reste tenu de payer le surplus de sa dette.

Le prélèvement ne peut être exercé que dans la mesure où la dette aurait dû être rapportée ; il suppose donc que le montant de cette dette est liquide (Cass., 17 nov. 1885, S. 87. 1. 14).

D. — Effet du rapport des dettes.

*2308. **Leur principe.** — Comme la loi n'a pas établi de regles spéciales pour lui, le rapport des dettes est entièrement gouverné par les règles du rapport ordinaire (art. 829). Pour comprendre l'effet de cette assimilation, il faut se rendre compte que l'héritier est désormais tenu à un *double titre* envers ses cohéritiers : aux obligations qui résultaient pour lui de sa qualité de débiteur se joignent désormais celles d'un héritier tenu au rapport. Pour les conséquences principales qui résultent de là, voyez les n^os^ suivants.

2309. Cours des intérêts. — Si la dette ne produisait pas d'intérêts du vivant du défunt, elle en devient productive à compter du jour du décès, parce que les intérêts des sommes soumises à rapport courent de plein droit (art. 856).

*2310. **Préférence des cohéritiers sur les autres créanciers.** — Ceci est l'effet le plus remarquable du rapport des dettes : quand ils ont droit au rapport d'une dette de la part de l'un deux, les cohéritiers du débiteur jouissent d'un droit de préférence contre les autres créanciers de celui-ci. Voici comment : ils se remplissent de leur droit au moyen d'un *prélèvement* fait lors du partage, en prenant sur les biens héréditaires une valeur égale à celle qui leur reviendrait, si leur cohéritier débiteur payait à chacun d'eux sa part. Puis tous se partageront le surplus, et les créanciers de celui qui devait le rapport n'auront de droits que sur la part de celui-là. Ses cohéritiers, qui étaient devenus eux-mêmes ses créanciers, comme ayant recueilli la créance du défunt contre lui, se trouvent ainsi jouir d'un véritable privilège : ils sont payés avant les autres.

On a fait à cette solution une grande objection : elle crée *un privilège sans texte*. De son vivant, le défunt, créancier de son successible n'avait pas de privilège ; il aurait concouru avec les autres créanciers. Pourquoi ses héritiers sont-ils traités comme privilégiés ? La réponse est que ce n'est point la création d'un *privilège* au profit d'un *créancier*, mais l'effet des règles du *rapport* appliquées à des *copartageants*. Lebrun avait déjà très bien montré comment le privilège des copartageants, attaché à l'action en garantie que chacun d'eux possède contre les autres, conduisait à cette solution (*Successions*, liv. III, chap. VI, sect. 2, n° 7). Enfin ce résultat a été voulu et cherché ; c'est pour l'obtenir que le rapport des dettes a été admis, car lui seul peut protéger les cohéritiers contre l'insolvabilité de celui qui doit quelque chose à la succession. Comp. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, 2e part., chap. VI, sect. 4, n° 49.

La jurisprudence est fixée en ce sens depuis longtemps (Rennes, 25 août 1862, D. 64. 2. 209, S. 63. 2. 153 ; Cass., 28 juin 1869, D. 71. 1. 48, S. 70. 1. 76).

2311. Perte du bénéfice du terme. — A ces conséquences certaines, on veut parfois en ajouter d'autres, qui ne le sont pas. Ainsi beaucoup d'auteurs considérent la dette comme devenant immédiatement exigible par l'effet du rapport ; je me suis déjà expliqué sur ce point (ci-dessus, n° 2303).

2312. Droits des créanciers et légataires. — Les créanciers et légataires n'ont pas le droit de demander le rapport à l'un des cohéritiers ; mais ils ont le droit d'exig

que ce qui est dû à la succession soit payé, afin de réaliser tout l'actif héréditaire sur lequel ils ont des droits à faire valoir. Ils n'exerceront pas l'action en rapport, que l'art. 857 leur refuse, mais ils agiront contre un débiteur de la succession, en vertu de l'art. 1166.

Ce n'est pas encore là une différence entre le rapport des dettes et le rapport des dons, et on ne l'a signalée comme telle que par erreur ; c'est une différence entre celui qui est donataire et celui qui est débiteur. Comp. ci-dessus, n° 2306.

E. — Personnes tenues du rapport des dettes.

***2313. Étendue d'application du principe.** — Ici se rencontre la différence la plus saillante qui sépare le rapport des dettes du rapport des dons, tout au moins d'après la jurisprudence. Le rapport d'une donation est imposé à raison de la qualité *d'héritier* que possède le donataire ; il ne peut donc pas être exigé d'un *copartageant* quelconque, mais seulement de celui qui est *cohéritier appelé ab intestat* (art. 857 et ci-dessus, n° 2214). Ainsi, lorsqu'il y a un donataire de biens à venir appelé à prendre part au partage avec les héritiers légaux, ceux-ci ne peuvent pas lui demander le rapport d'une donation antérieure qu'il a reçue du défunt.

Il en est autrement du rapport des dettes. On a commencé par rattacher le rapport des dettes à la théorie du partage, en perdant de vue que le *partage* peut se faire sans *rapports*, et que l'obligation du rapport ne concerne que les successions. Ainsi la règle du rapport est devenue, pour la Cour de cassation une règle *commune à tous les partages*, comme étant la suite du « principe essentiel de l'égalité entre copartageants ». Dès lors on a déclaré le rapport des dettes obligatoire pour des *associés* procédant au partage de l'actif social (Cass., 8 févr. 1882, D. 82. 1. 317, S. 82. 1. 224 ; Orléans, 14 mars 1883, D. 85. 2. 25, S. 83. 2. 159. — Comp. Cass., 29 mars 1836, D. 38. 1. 62, S. 36. 1. 492). C'était une première erreur : l'art. 1872 déclare bien applicables au partage des sociétés les règles relatives au *partage* des successions, mais il y avait lieu de faire exception pour le *rapport*, qui suppose que les copartageants sont des héritiers.

Cette erreur en a entraîné une seconde : du moment où l'art. 829 s'applique à des partages autres que ceux d'une *succession*, il va de soi que dans le partage d'une succession il peut s'appliquer à d'autres qu'à ceux qui sont *héritiers*, et par suite qu'on peut demander au conjoint venant comme donataire de payer ce qu'il doit ou d'en imputer le montant sur ce qui lui revient (Cass., 9 févr. 1887, D. 87. 1. 193, S. 88. 1. 1).

2314. Critique de la jurisprudence. — Pour la réfutation de cette jurisprudence, voyez Huc, t. V, n° 373. J'ajoute que le rapport des dettes, mentionné dans l'art. 829, n'est qu'une suite du rapport des dons : peuvent seuls être tenus de rapporter ce qu'ils *doivent*, ceux qui seraient tenus de rapporter ce qui leur a été *donné*. L'art. 829 n'ajoute rien à ce qui est con-

tenu dans la section II du même chapitre consacrée aux rapports ; il en rappelle seulement une conséquence naturelle. On perd donc son temps à vouloir démontrer que le mot « héritier » a pris dans l'art. 829 un sens plus large que celui qui lui appartient dans les art. 843 et suiv. Si l'on ne peut pas dire que la jurisprudence a fait fausse route, on doit du moins reconnaître qu'elle a ajouté quelque chose à la loi et fait produire à la qualité de *copartageant* un effet qui dépendait jadis de la qualité d'*héritier*. Elle y était d'ailleurs invitée par la conception déjà ancienne de Lebrun qui rattachait le rapport des dettes aux principes du partage, pour l'étendre même aux collatéraux, lesquels de son temps n'étaient pas astreints au rapport des dons (ci-dessus, n° 2207).

CHAPITRE II

DU PARTAGE

****2315. Effets de l'ouverture d'une succession au profit de plusieurs personnes.** — Quand il y a plusieurs héritiers, un double phénomène se produit :

1° *Les créances et les dettes se partagent de plein droit entre eux,* en vertu des art. 870, 873 et 1220, conformément aux règles qui ont été exposées ci-dessus, n°s 2067 et suiv.

2° *Les biens en nature se trouvent dans l'indivision.* Cette dernière règle s'applique à tout ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété ou d'un démembrement de la propriété et donner lieu à des actes de possession. Ainsi sont indivis non seulement les *meubles matériels* et les *biens immobiliers,* mais les *titres* représentant les valeurs de Bourse.

***2316. Définition du partage.** — L'état d'indivision peut prendre fin pour différentes causes accidentelles (t. I, n° 2498), mais sa fin naturelle est le *partage.* On appelle ainsi l'acte par lequel les copropriétaires substituent des *parts matériellement distinctes,* appelées « parts divises », aux parts indistinctes, appelées « parts indivises », qu'ils avaient jusque-là. Pendant l'indivision, le droit de propriété est partagé ; la chose ne l'est pas. Après le partage, la chose est répartie elle-même entre les ayants droit, en proportion de leurs parts de droits. Une propriété indivise est donc la division d'un droit qui n'a pas encore reçu son exécution par la division de la chose. Comp. t. I, n° 2497.

2317. Observation. — Le partage est un *acte relatif à la propriété*, une opération d'un genre particulier à laquelle donne lieu l'état d'indivision ; il devrait trouver place *dans la théorie de la propriété*, à côté de l'aliénation et de la création des droits réels. C'est mal à propos que la loi en parle à l'occasion des successions, car il y a bien d'autres sources d'indivision que celle-là, et tout le monde reconnaît que beaucoup des règles établies au Titre « Des Successions » sont générales et s'appliquent au partage des communautés entre époux, des sociétés civiles et commerciales, et d'une indivision ayant une cause quelconque. Les seules règles qui auraient dû y prendre place sont celles qui tiennent à ce que l'indivision a pour origine une dévolution héréditaire.

2318. Importance sociale des règles du partage successoral. — La façon dont la loi réglemente le partage des successions a presque autant d'importance, au point de vue économique, que les règles sur la dévolution héréditaire et le choix à faire entre les principes du droit d'aînesse ou de l'égalité entre les enfants. La loi française ne veut pas seulement que les enfants aient des droits égaux, elle veut que *chaque enfant*, et même, d'une façon plus générale, *chaque héritier* ait sa part en nature dans les biens du défunt et que chaque lot se compose d'objets semblables (art. 826 et 832). *C'est le morcellement obligatoire* [1]. Il en résulte ceci : dans la plupart des familles, où il existe une exploitation agricole créée par le père, cette exploitation se divise nécessairement entre ses enfants et dans bien des cas les différents lots ainsi formés sont insuffisants à faire vivre une famille. La propriété rurale tend donc, par l'effet de nos lois civiles, à *multiplier indéfiniment les petites cultures* [2].

Beaucoup d'économistes et de publicistes se préoccupent de cet état de choses. Les dangers qui en résultent les inquiètent, et on a signalé des dispositions contraires dans un certain nombre de législations. Les principales sont celles de l'Allemagne et de l'Autriche, auxquelles il faut à présent joindre l'Espagne.

2319. Le bien de famille en Allemagne [3]. — Nos idées françaises sur la nécessité d'un partage réel entre frères sont considérées en Allemagne, par la majorité des jurisconsultes, comme une suite fâcheuse des tendances révolutionnaires, en grande partie acceptées par le Code. Diverses institutions, rendant indivisibles les exploitations rurales, se rencontrent sur une grande partie du territoire et paraissent actuellement vues avec faveur. Leurs partisans n'ont pas réussi à les faire accepter dans le Code civil comme institutions générales de l'Empire, mais ils en ont obtenu le maintien et on a reconnu aux divers États le droit de légiférer sur la matière (Loi d'introduction, art. 59 et 64. Voyez aussi l'art. 137). Le spécimen actuel le plus intéressant de cette législation spéciale aux paysans propriétaires est l'*Anerbenrecht*. Dans toute une zone très étendue qui va du Nord au Sud, de la mer du Nord au Tyrol autrichien, le paysan aime à transmettre son bien, avec tous les moyens de le faire valoir, à un seul successeur, l'*Anerbe*, qui indemnise les autres au moyen de soultes. Exclus de l'exploitation paternelle, ceux-ci sont dès lors obligés de se chercher ailleurs des débouchés ; ils se tournent vers le commerce ou l'industrie, ou bien ils émigrent, ce qui favorise la colonisation. Ce mode de transmission a donc des répercussions considérables sur la vie de la nation ; de plus, il

[1] Dès 1850, Le Play dénonçait notre régime successoral comme un péril mortel. Voyez aussi les réflexions de M. Georges Blondel, sur la façon dont la loi française favorise et provoque la stérilité des mariages, qu'elle rend pour ainsi dire obligatoire, en établissant « l'égalité de la misère » (préface du livre de M. de Brandt, signalé au n° 1780). C'est d'ailleurs la petite propriété qui souffre le plus du régime français ; la grande a mieux résisté.

[2] Les théoriciens de l'économie politique l'affirment d'une façon absolue ; mais rien n'est absolu en ce monde et les faits déroutent souvent les prévisions les mieux établies et les raisonnements les mieux construits. L'existence de petites parcelles devenues trop étroites pour être exploitées séparément favorise indirectement la constitution de propriétés plus grandes, parce qu'elles sont ensuite revendues par ceux qui les possèdent.

[3] La loi française du 12 juillet 1909 sur le bien de famille n'a rien de commun avec ce système.

permet la constitution d'une forte classe de paysans propriétaires, au développement de laquelle on attache le plus grand prix Cette coutume héréditaire tend de plus en plus à se transformer en loi. On a remarqué que la zone où elle prospère se trouve à l'Est de l'ancienne frontière de l'Empire romain, ce qui semble lui assigner une origine purement germanique et très lointaine. A lire sur ce sujet la remarquable thèse de M. Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne*, Paris, 1889. Voyez aussi, sur la loi prussienne du 8 juin 1896, Jobbé-Duval, Notice dans l'*Annuaire étranger*, t. XXVI, p. 176, et sur celle du 2 juillet 1898 pour la Westphalie, Bourcart, Notice dans l'*Annuaire étranger*, t. XXVII, p. 251. Comp. Souchon, *La propriété paysanne*, p. 195 et suiv.

Sur la loi prussienne du 2 juin 1874, relative au *Höferecht*[1] et spéciale à l'ancien royaume de Hanovre, voyez l'*Annuaire* de la Société de législation comparée, t. IV, p. 156 157.

2320. Loi autrichienne. — L'Autriche a suivi l'exemple de l'Allemagne. Une « patente » de Joseph II, du 9 octobre 1795, avait introduit l'indivisibilité du domaine rural, qu'il empruntait à l'Allemagne. En 1868, cette patente fut abrogée et remplacée par le système du partage forcé entre héritiers Les réclamations furent si vives qu'il fallut restaurer le principe de l'indivisibilité (L 1er avril 1889, *Annuaire étranger*, t. XIX, p. 331) Dans la loi autrichienne l'indivisibilité s'applique de plein droit, sauf déclaration contraire du propriétaire, inscrite au rôle. Voyez Souchon, *La propriété paysanne*, p. 200 et suiv.

2321. Législation espagnole. — En Espagne, afin de prévenir une excessive division de la propriété, on autorise le père qui désire conserver une exploitation agricole, industrielle ou commerciale, à la laisser entière à l'un de ses enfant, sous la condition de payer aux autres leur réserve en argent (art. 1056). Comp. *Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 356.

§ 1. — *De l'action en partage.*

* **2322. Définition.** — On appelle « action en partage » *le droit de demander le partage,* afin de sortir d'indivision. Le mot « action » n'est donc pas pris ici dans son sens ordinaire : on ne soumet pas au juge un *litige,* pour qu'il reconnaisse et définisse le droit de chacun, comme quand on plaide pour savoir qui est propriétaire d'un bien, ou si un débiteur a réellement payé sa dette comme il le prétend ; on demande au juge de *modifier* l'état de la propriété, en opérant le partage d'une chose indivise.

Si l'on parle d' « action » à ce propos, c'est parce que chacun des indivisaires a le droit de *contraindre* les autres au partage, et que, si ceux-ci ne s'y prêtent pas de bonne grâce, le partage se fera néanmoins, *malgré eux et par autorité de justice.* Mais là le juge ne *juge* pas ; il substitue sa volonté à celle des parties ou de quelques-unes d'entre elles pour la réalisation d'un acte juridique que la loi estime nécessaire.

A. — Suppression temporaire de l'action en partage.

2323. Le principe. — A raison des inconvénients inhérents à l'état

[1] On appelle *Hof* le domaine de la famille rurale, qui est traditionnellement considéré comme impartageable dans les successions.

d'indivision, inconvénients déjà signalés (t. I, n° 2502), la loi tient beaucoup à ce que les cohéritiers placés brusquement dans l'état d'indivision par l'ouverture de la succession, en sortent le plus tôt possible. En même temps elle prohibe toutes les clauses et conventions qui obligeraient les cohéritiers à rester indéfiniment dans l'indivision, en les privant du droit de demander le partage.

De là cette règle formulée dans l'art. 815 : « *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut toujours être provoqué, nonobstant toutes prohibitions et conventions contraires* », règle fondamentale, et s'appliquant en principe à toutes les indivisions. Voyez cependant ce qui est dit au t. I, n°s 2500 et suiv., des indivisions à durée fixe et des indivisions perpétuelles.

***2324. Dérogations au principe.** — Néanmoins, il peut y avoir *avantage à retarder le partage,* de sorte qu'une prolongation provisoire de l'indivision est désirable non pour elle-même, mais pour empêcher un partage immédiat. Ceci peut se comprendre d'abord quand il existe parmi les héritiers *un ou plusieurs mineurs* : les mineurs étant incapables de procéder à un partage amiable, on devra employer les *formes judiciaires* du partage, qui coûtent fort cher et qui amènent un *tirage au sort* des lots, ce qui empêche les héritiers de choisir des biens à leur convenance. Si on recule le partage de quelques années ou même de quelques mois, les mineurs intéressés seront devenus majeurs et le partage pourra se faire par une simple convention. De plus il est possible qu'il y ait *un bien impartageable*, qu'il faudrait vendre et pour lequel on espère voir se produire une plus-value, soit par la survenance prochaine de circonstances favorables, tels que des travaux de voirie ou de chemin de fer, soit par la cessation également prochaine d'une crise quelconque, politique ou industrielle, ou d'une guerre. Pour ne pas vendre dans un mauvais moment, on peut convenir qu'on restera provisoirement dans l'indivision.

2325. Distinction. — Nous devons prévoir trois choses : 1° la *convention d'indivision,* intervenue entre les divers intéressés ; 2° l'indivision à eux imposée par une *clause du testament du défunt* ; 3° et 4° des cas spéciaux introduits en 1894 et en 1909.

1° Convention d'indivision.

****2326. Durée de la convention.** — D'après l'art. 815, al. 2, il est permis de suspendre le partage *pendant un temps limité,* mais cette convention ne peut être obligatoire au delà de *cinq ans.* Si elle a été faite pour une durée plus longue, elle n'est pas *nulle,* elle est seulement *réductible à la durée légale* (Lyon, 25 août 1875, S. 76. 2. 68 ; Trib. de la Seine, 10 mars 1909, D. 1910. 2. 143). Il en serait de même si elle était faite pour durer indéfini-

ment (arg. art. 1660). Voyez cependant Trib. de Beaune, 9 déc. 1858, D. 59. 3. 69 ; Trib. de Périgueux, 18 mars 1886, *Le Droit,* 20 avril 1886, qui déclarent la convention perpétuelle nulle pour le tout.

La loi du 30 novembre 1894, sur les habitations à bon marché, modifiée en 1906, permet de faire des conventions valable pour *dix ans* et même plus, en cas d'unanimité (art. 8-1°).

Renouvellement. — La convention peut être renouvelée, dit l'art. 815. Cela doit s'entendre d'un renouvellement *à l'expiration de la convention précédente,* car on ne saurait permettre aux cohéritiers de se lier pour plus de cinq ans par une *seconde* convention faite avant que la première ait produit tout son effet. S'ils le faisaient, on devrait décider que la durée fixée par la nouvelle convention commence immédiatement à courir ; elle aurait en quelque sorte *nové* la première.

2327. Effet à l'égard des créanciers. — On discute beaucoup en doctrine pour savoir ce que devient le droit des créanciers après une convention d'indivision. On sait qu'un créancier ne peut pas saisir *une part indivise* ; il faut qu'il commence par provoquer le partage, et la loi lui en donne le droit (art. 2205). Sont-ils liés par la convention d'indivision et obligés d'attendre qu'elle soit expirée ? Les uns pensent que le droit de demander le partage, établi par l'art. 2205, est un droit propre aux créanciers, qui est pour eux l'accessoire et la conséquence de leur droit de saisir et qui par suite ne peut leur être enlevé par la convention que le débiteur a faite avec ses cohéritiers ; autrement des conventions de ce genre, successivement renouvelées, pourraient rendre un patrimoine indéfiniment insaisissable (Laurent, t. X, n° 242 ; Huc, t. V, n° 285). D'autres voudraient qu'on distinguât entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la convention. D'autres enfin considèrent la convention comme *toujours opposable aux créanciers,* quelle que soit la date de leur titre (Demolombe, t. XV, n° 509 ; Aubry et Rau, t. VI, § 622, p. 533, texte et note 5). Ils font remarquer qu'un débiteur peut soustraire son bien à ses créanciers en le donnant en gage ou en le grevant d'hypothèques ; pourquoi ne le pourrait-il pas en convenant qu'il restera dans l'indivision ? La réponse est facile : ceux qui reçoivent un gage ou une hypothèque obtiennent un droit réel, tandis que la convention d'indivision n'en fait naître aucun. La première opinion paraît donc être la meilleure des trois ; néanmoins c'est vers la troisième que paraît pencher la jurisprudence (Toulouse, 26 juin 1889, L. 91. 2. 65).

2° Indivision imposée par le testateur.

2328. Controverse. — Le testateur peut-il imposer à ses héritiers, par une clause de son testament, l'obligation de rester dans l'indivision ? Bien évidemment, si cette clause est valable, elle sera soumise aux mêmes

règles que l'établissement de l'indivision par convention, soit pour sa durée, soit pour son effet à l'égard des créanciers ; mais sa possibilité est discutée. Quelques auteurs estiment que l'art. 815 contient deux dispositions différentes d'étendue : la première réserve aux cohéritiers le droit de demander le partage, « nonobstant toutes *prohibitions* et *conventions* contraires ». Le mot « prohibitions » s'adresse au testateur ; le mot « conventions » aux héritiers eux-mêmes. Dans son second alinéa, le texte déroge à cette disposition générale, mais seulement pour permettre aux héritiers eux-mêmes d'ajourner le partage par une convention ; donc, en ce qui concerne les prohibitions de partager contenues dans le testament du défunt, la disposition première de la loi reste entière. Cette différence, disent ces auteurs, se justifie parce que les cohéritiers se connaissent et savent ce qu'ils font quand ils s'engagent à laisser leurs intérêts confondus pendant plusieurs années ; le testateur leur imposerait cette situation un peu à l'aveugle. C'est l'opinion de la plupart des auteurs récents (Huc, t. V, n° 284) et il y a en ce sens un arrêt de la Cour de Metz (3 juill. 1855, D. 56. 2. 204).

Auparavant il était très généralement admis que le Code n'a entendu prohiber les indivisions qu'autant qu'elles doivent durer plus de cinq années. Au-dessous de ce chiffre, elles ne lui ont pas paru dangereuses. Telle était la tradition ; Pothier mettait les deux choses sur la même ligne (Aubry et Rau, t. V, § 622, p. 533 ; Demolombe, t. XV, n° 511). En ce sens, Cass., 20 janv. 1836, S. 36. 1. 83.

3° et 4° Indivision sur la demande d'un seul.

2329. Système spécial. — Habitations a bon marché. — La loi du 30 novembre 1894, art. 8-1°, déjà citée au n° 2326, et modifiée par les lois du 12 avril 1906 et du 10 avril 1908, contient à cet égard encore des dérogations au droit commun ; elle permet le maintien de l'indivision de la maison *sur la demande d'un seul enfant* ou *même sur la demande du conjoint*. La décision est prise par le juge de paix après avis du conseil de famille. Voyez les dispositions très complexes de l'art. 8 de la loi de 1906. — La loi de 1894 n'a pas donné les résultats qu'on en attendait. Sur son échec, voyez Esquirol, *Du partage judiciaire*, thèse, Paris, 1906, p. 77-78.

Biens de famille déclarés insaisissables. — Un système analogue a été organisé par la loi du 12 juillet 1909, pour les biens de famille déclarés insaisissables (maximum : 8 000 francs). Voyez l'art. 18 de cette loi.

B. — Capacité nécessaire pour procéder au partage.

2330. Existence de règles spéciales. — On a déjà dit que l'*action en partage* n'est pas une véritable « action en justice » ; il ne faut donc pas se rapporter aux règles établies pour exercer les actions ordinaires ou pour y défendre. Le partage est un acte spécial intéressant la propriété et c'est la capacité nécessaire pour accomplir cet acte qui doit être précisée : elle est régie par des principes qui lui sont propres.

2331. Interdits et mineurs non émancipés. — Ces incapables sont représentés par leur tuteur. Si le partage est *demandé par un des cohéritiers de l'incapable*, le

tuteur de celui-ci a qualité pour y procéder *sans aucune autorisation*, puisque le partage est de droit quand il est demandé. Mais si le tuteur veut *demander* lui même le partage, il doit s'y faire autoriser par le conseil de famille. parce qu'il ne faut pas le provoquer à contre temps et qu'avec un peu de patience, en attendant la majorité du pupille ou le décès prévu de l'aliéné, on éviterait peut-être les frais d'un partage judiciaire (art. 817, al. 1). L'homologation de justice n'est pas exigée.

S'il y a plusieurs mineurs soumis à la même tutelle, il doit leur être donné des tuteurs spéciaux, à raison de l'opposition d'intérêts que crée presque toujours le partage (art. 838 *in fine*).

2332. Mineurs émancipés. — Ils n'ont pas besoin de l'autorisation du conseil de famille ; l'assistance de leur curateur suffit ; mais elle leur est nécessaire pour procéder au partage, même quand il est demandé par d'autres et même quand la succession est purement mobilière (art. 840).

2333. Personnes pourvues d'un conseil judiciaire. — L'assistance de leur conseil leur est toujours nécessaire parce qu'au fond le partage suppose une renonciation à leurs droits indivis sur les lots des autres copartageants. Toutefois la règle n'est pas exprimée dans la loi. Le partage ne figure pas parmi les actes qui leur sont interdits par les art. 499 et 513.

2334. Aliénés non interdits. — Les partages dans lesquels ils sont intéressés sont faits en leur nom par leur administrateur provisoire ; s'il ne leur en a point été nommé, le tribunal commet un notaire pour les représenter (L. 30 juin 1838, art. 36).

Toutefois on admet que pour *demander* le partage au nom de l'aliéné, le tribunal doit nommer un mandataire « ad litem », en vertu de l'art. 33 (Paris, 26 janvier 1892, D. 92. 2. 87). Cela est nécessaire, s'il y a réellement *litige*, mais au cas contraire, cette solution ne peut être que l'effet de la confusion commise entre le droit de demander le partage et les actions en justice, confusion signalée au n° 2322.

2335. Femmes mariées. — Quand une succession échoit à une femme mariée, le droit de procéder au partage appartient tantôt à la femme et tantôt au mari, parfois à tous les deux en même temps. Cela dépend de leur régime matrimonial.

S'il y a *régime dotal*, la succession peut être *dotale*, au cas de constitution en dot des biens à venir, ou *paraphernale*. Quand elle est dotale, le mari peut procéder seul au partage, parce que la loi lui donne l'exercice de toutes les actions dotales, même immobilières (art. 1549) Quand elle est paraphernale, le partage doit être fait par la femme, dûment autorisée, à moins que l administration des paraphernaux n'ait été confiée au mari.

S'il y a *communauté légale*, le mari a le droit de partager les successions purement mobilières échues à sa femme, parce qu'elles tombent en communauté et qu'il a pleins pouvoirs sur les biens communs. Mais s'il y a des immeubles dans la succession, le droit de les partager n'appartient qu'à la femme, son mari n'ayant pas le pouvoir d'en disposer parce qu'ils restent propres à sa femme Il en est de même pour les meubles recueillis par succession sous un régime de communauté réduite aux acquêts qui les empêche de devenir communs ; le droit du mari dépend toujours de l'entrée des biens dans la communauté (art. 818).

Cependant comme le mari a toujours *la jouissance des revenus*, la loi lui permet de demander un *partage provisionnel* même pour les biens qui restent propres à sa femme (art. 818). Sur les partages provisionnels, voir ci-dessous, n°s 2344 à 2348.

Les mêmes règles s'appliquent aux *cohéritiers de la femme* quand ils veulent demander le partage. Hors le cas où il s'agit d'une *succession purement mobilière* entrée en communauté, il doivent avoir soin de mettre en cause le *mari* et la *femme* en même temps. En parlant de « mise en cause », le texte fait évidemment allusion à un partage fait en justice, mais la règle serait la même pour un partage amiable ; il faut que les deux époux y prennent part. Sinon l'acte sera annulable, si la femme seule y a paru, et il ne vaudra que comme partage provisionnel, si c'est le mari.

Enfin, sous le régime de *séparation de biens*, le mari, qui n'a pas la jouissance des biens de sa femme, ne peut même pas demander un partage provisionnel.

2336. Non-présents. — S'il y a lieu de faire un partage pendant que l'un des intéressés est au loin, sans qu'on doute de son existence, il sera représenté par un *notaire* commis par le tribunal (art. 840). Voyez DALLOZ, *Code civil annoté*, art. 840, nos 63 à 82.

2337. Absents. — Pendant la période de *présomption d'absence*, on procède conformément à l'art. 113 : le tribunal commet un *notaire* pour représenter l'absent, à moins que celui ci n'ait laissé un mandataire muni de pouvoirs suffisants pour procéder au partage.

Après l'envoi en possession provisoire, l'action appartient aux *envoyés en possession* (art. 817, al. 2), sauf le cas où c'est le mari qui est présent, et où son option en faveur de la continuation provisoire de la communauté lui a conservé son droit sur les successions échues à sa femme avant sa disparition.

C. — Extinction de l'action en partage.

****2338. Son imprescriptibilité.** — L'action en partage est *imprescriptible* tant que dure l'indivision. Aux termes de l'art. 815, le partage peut *toujours* être provoqué. Par conséquent aucune possession indivise, si prolongée qu'elle soit, ne peut empêcher les copropriétaires de demander le partage. Leur droit de sortir d'indivision ne se perd pas par le non-usage ; c'est *une pure faculté* pour eux, que chaque jour renouvelle et qui dure autant que sa cause. Comp. art. 2232 et t. I, nos 2167 et 2957.

***2339. Comment l'action peut se perdre.** — Néanmoins l'action en partage peut se perdre ou plus exactement, elle cesse d'avoir un objet *quand l'indivision a pris fin*. Or cet état peut finir, sans qu'il y ait eu partage, par *la consolidation de la propriété sur une seule tête* : le partage est devenu inutile, puisqu'il n'y a plus qu'un propriétaire unique.

Ce résultat peut être atteint de deux façons :

1° *Par la vente en bloc de toutes les parts indivises au profit d'un étranger*. Fait très fréquent : lorsque les co-indivisaires ne veulent ou ne peuvent partager en nature, et qu'aucun d'eux ne désire acquérir la chose pour lui seul, ils la vendent conjointement à une autre personne, ce qui se fait ordinairement au moyen d'une *licitation* (vente aux enchères).

2° *Par l'acquisition que l'un des indivisaires fait de toutes les autres parts indivises*. Peu importe à quel titre il les acquiert : elles peuvent être *achetées* par lui ; lui être *données* ; il peut les recueillir *par succession* ; il peut enfin devenir propriétaire exclusif de la chose par *usucapion*. Il peut même avoir acquis ces diverses parts par des modes divers ; du jour où elles sont toutes réunies entre ses mains, il n'y a plus lieu à partage parce qu'il qu'il n'y a plus indivision.

Le cas d'achat ou de donation constitue ce qu'on appelle la *cession de droits successifs* déjà étudiée dans le t. II (nos 1639 et suiv.); il n'y a rien à dire du cas où l'un des héritiers succède à l'autre avant le partage ; mais l'hypothèse d'une usucapion demande à être expliquée.

*2340. **Nature de la prescription.** — Il ne s'agit pas d'une *prescription extinctive*, mettant fin à l'action en partage, puisque nous avons vu que cette action est *imprescriptible*. En disant que le partage ne peut plus être demandé, quand il y a « *possession* suffisante pour fonder la prescription », l'art. 816 suppose que l'un des indivisaires a acquis à lui seul la propriété de tout ou partie de la succession par une *possession exclusive*. Il vise donc un cas de *prescription acquisitive*. Quand la prescription lui est acquise, les autres, qui ne sont plus propriétaires, ne peuvent plus demander le partage.

* **2341. Durée de la prescription.** — Pour que le partage ne puisse plus être demandé, il faut qu'il y ait eu possession *suffisante* pour fonder la prescription. Ce mot fait allusion à la *durée* de la prescription et il ne peut viser que la *prescription trentenaire*, qui forme le droit commun. Il ne saurait être question de l'usucapion abrégée de 10 à 20 ans, qui suppose un juste titre ; ce juste titre ne pourrait être ici qu'un partage, et par hypothèse les héritiers n'en ont pas fait. Quant aux meubles, il est tout aussi impossible de leur appliquer l'art. 2279, qui n'est fait que pour les meubles isolés et non pour les universalités mobilières.

2342. Qualités de la possession. — Une difficulté s'élève à ce point de vue. La possession des co-indivisaires a commencé par être *promiscue* ; chacun d'eux a possédé à la fois pour lui et pour autrui ; comme le disait Pothier, les cohéritiers possèdent les uns pour les autres. A cette possession *équivoque*, il faut substituer une possession *à titre de propriétaire*. Mais on n'exige pas ici l'*interversion de titre* qui serait nécessaire s'il s'agissait d'un véritable détenteur précaire, n'ayant aucun droit propre dans la chose possédée. Il suffit de trente années de possession exclusive bien nette, n'étant point entachée d'équivoque, comme elle le serait si l'héritier possesseur avait remis aux autres leurs parts de fruits ou de revenus chaque année.

2343. Effet de la prescription. — Le plus souvent, chaque héritier aura joui en fait de sa part, ou d'une part approximative, et l'usucapion ccs'aomplira partiellement au profit de chacun d'eux. Son résultat sera alors de suppléer à un acte de partage qui n'a jamais été fait en bonne forme, ou de remplacer l'acte qui a pu être dressé et qui ne se retrouve pas [1]. Mais il est possible aussi que l'un des cohéritiers ait possédé seul toute la succes-

[1] Pothier, à qui toutes ces règles ont été empruntées, dit que l'action en partage peut toujours être intentée, même lorsque les héritiers jouissent séparément de différents héritages de la succession, mais que si cette jouissance et possession séparée dure depuis trente ans ou plus, l'action en partage n'est plus recevable, parce que « le laps de temps fait présumer qu'il y a eu un partage et que l'acte a pu s'égarer » (*Successions*, chap. IV, art. 1er, § I). Il semble donc considérer l'action en partage comme éteinte par l'effet d'une prescription extinctive, ce qui serait une idée contraire à celle du Code.

sion, ou une partie beaucoup plus considérable que le lot qui devait lui revenir, et celui-là conservera pour lui seul le bénéfice de sa possession exclusive et de l'usucapion accomplie.

§ 2. — *Des diverses espèces de partage.*

** **2344. Partage définitif et partage provisionnel.** — On appelle « partage définitif » *celui qui fait cesser l'indivision complètement et pour le fond même du droit.* Le « partage provisionnel » est *celui qui porte seulement sur la possession et la jouissance* ; chaque cohéritier a le droit de percevoir les fruits et revenus des biens qui lui sont attribués, mais il reste dans l'indivision avec les autres, quant à la propriété, et n'en sortira que par l'effet d'un partage définitif ou d'une réunion des parts qui rendra tout partage inutile.

* **2345. Cas où il y a partage provisionnel.** — Les partages de ce genre se rencontrent dans trois cas différents

1° Convention particulière. — Il est bien clair que le partage sera provisionnel quand, de propos délibéré, les copropriétaires n'auront voulu partager entre eux que la jouissance, et ce cas se présente assez souvent. Un partage provisionnel accompagne ordinairement les *pactes d'indivision*, quand on veut attendre la majorité d'un mineur, la main levée d'une interdiction ou quelque autre événement, pour éviter les frais d'un partage judiciaire.

2° Annulation d'un partage définitif. — Lorsqu'un *incapable* ou un *absent* est intéressé dans une indivision et qu'on a procédé à un partage amiable, ce partage peut être annulé à la requête de l'incapable ou de l'absent, mais *il vaudra comme partage provisionnel jusqu'au partage définitif* (art. 466 *in fine* et 840). Par suite, les héritiers n'auront pas à se tenir compte mutuellement des fruits perçus par chacun d'eux.

3° Partage fait par le mari. — On suppose qu'une succession échoit à une femme mariée sous le régime de la communauté, et qu'elle lui reste propre, soit parce qu'elle se compose d'immeubles, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, soit parce qu'ils sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, si cette succession est mobilière. Dans ce cas, le partage de la succession ne peut avoir lieu qu'avec le concours de la femme ; mais, comme le mari a sous ce régime la jouissance des propres de sa femme, il lui est permis de procéder, sans sa participation, à un partage provisionnel (art. 818).

* **2346. Effet du partage provisionnel.** — L'existence d'un partage provisionnel n'empêche pas de demander un partage définitif pour sortir

d'indivision quant à la propriété, à moins que les copropriétaires ne se soient liés par un pacte d'indivision, comme le leur permet l'art. 815, al. 2.

Par lui-même, le partage provisionnel n'a qu'un effet : il rend chaque héritier *propriétaire définitif des fruits* qu'il tire de son lot.

2347. Ses caractères spéciaux. — Comme il ne porte que sur la jouissance, le partage provisionnel n'a pas les mêmes caractères que le partage définitif. Ainsi :

1° *Il n'est pas rétroactif.* L'effet rétroactif se comprend pour une attribution de propriété ; il ne se comprend pas pour des perceptions de fruits, des actes de possession exclusive et de jouissance qui ne peuvent se faire qu'après le partage opéré ;

2° *Il n'est pas rescindable pour cause de lésion.* La rescision pour lésion de plus du quart suppose une perte subie sur la propriété, ce qui ne peut arriver que dans un partage définitif.

2348. Question de capacité et de pouvoir. — Un partage provisionnel n'exige ni la même capacité ni le même pouvoir qu'un partage définitif, et cela se comprend : pour y procéder il suffit de pouvoir administrer les biens et disposer des fruits. Ainsi le partage provisionnel est possible de la part d'un *tuteur* sans autorisation du conseil de famille, de la part d'un *mineur émancipé* sans l'assistance de son curateur, d'une *femme séparée de biens*, sans autorisation du mari ni de justice, d'un *envoyé en possession provisoire* sur les biens d'un absent. Ces personnes ne pourraient pas faire valablement un partage définitif, pour lequel la capacité ou le pouvoir d'aliéner est nécessaire.

§ 3. — *Formes du partage.*

****2349. Distinction.** — Le partage se fait tantôt *à l'amiable* et tantôt *en justice.*

En principe, le partage peut et doit se faire à l'amiable ; ce n'est que par exception qu'il doit être fait en justice,

****2350. Énumération.** — Les cas dans lesquels le partage doit être judiciaire sont les suivants :

1° Héritiers incapables (art. 838). — Les personnes incapables d'employer les formes du partage amiable sont les *mineurs* et les *interdits*. Pour les mineurs il n'y a pas à distinguer s'ils sont émancipés ou non ; le texte est formel : « des mineurs, *même émancipés* ». Aux interdits il faut assimiler les aliénés internés en vertu de la loi du 30 juin 1838 (art. 36).

2° Héritiers absents. — L'art. 838 exige le partage judiciaire « si tous les héritiers ne sont pas présents » ; ajouter « ou dûment représentés » (art. 985 C. proc. civ.). Théoriquement ce texte s'applique même au cas de simple *non-présence* [1], mais alors il est beaucoup plus simple de prier le

[1] Les *non-présents* sont nommés à côté des *absents* dans l'art. 840.

cohéritier éloigné d'envoyer une procuration plutôt que de s'adresser à la justice. C'est donc seulement au cas de véritable *absence* que le texte recevra son application, sans distinction d'ailleurs entre l'absence *déclarée* et l'absence simplement *présumée*

3° Désaccord entre les héritiers (art. 823). — Le désaccord peut venir soit du refus d'un cohéritier qui s'oppose au partage immédiat, soit d'un défaut d'entente entre les héritiers sur la composition des lots ou sur leur attribution.

Si le désaccord qui existait au début vient à s'effacer, ils peuvent, en tout état de cause, abandonner l'emploi des formes judiciaires déjà commencées et procéder à l'amiable au partage (art. 985 C. proc. civ.).

2351. Sanction de la loi. — Qu'arrive-t-il lorsqu'un partage dans lequel est intéressé un incapable ou un absent est fait à l'amiable contrairement à l'art. 838 ? L'incapable ou l'absent n'est pas lié par le partage, et peut en demander un nouveau. Toutefois celui qui a été fait *vaut comme partage provisionnel* (art. 466 et 840) ; par suite l'incapable n'est pas reçu à se plaindre du préjudice qu'il a pu lui causer pour perceptions de fruits et de revenus : à cet égard l'acte est valable (Cass., 5 juill. 1892, D. 92. 1. 503).

Quant aux copartageants capables, la jurisprudence les considère comme définitivement liés, tant que la partie qui a l'action en nullité n'en use pas (Cass., 12 janv. 1875, D. 76. 1. 217, S. 75. 1. 117 ; Poitiers, 9 mars 1893, D. 95. 2. 121, S. 94. 2. 153). C'est l'application de l'art 1125 ; les actes annulables pour cause d'incapacité de l'une des parties ne peuvent pas être attaqués par la partie capable. Il en résulte sans doute une situation fâcheuse pour celle-ci, par l'incertitude qu'elle entraîne et dont elle n'a aucun moyen de sortir, tant qu'il n'y a ni prescription accomplie ni ratification consentie par l'incapable ; mais c'est l'effet ordinaire des nullités relatives.

2352. Moyens d'éviter le partage judiciaire. — Les formes du partage judiciaire sont extrêmement onéreuses [1]. Aucune ressource n'est ouverte aux parties quand il y a désaccord entre elles ; mais dans les deux premiers cas, quand il y a des incapables ou des absents, on réussit souvent à éviter les formes judiciaires, qui sont très coûteuses et dont le résultat est presque toujours détestable, au moyen d'une combinaison très simple : les héritiers se constituent *mutuellement garants* les uns envers les autres pour

[1] Le Play cite l'exemple d'un paysan de la Nièvre qui mourut en laissant quatre enfants et un petit bien. Comme il y avait des mineurs, son bien fut vendu en justice et produisit 725 francs. Le partage fait, chaque enfant toucha 30 fr. 25 pour sa part. — Voyez aussi un tableau comparé des frais et des délais nécessaires pour le partage en justice et pour les partages ordinaires dans Théry, *Pouvoirs des exécuteurs testamentaires*, thèse, Paris, 1905: une succession de 60000 francs qu'on pourrait liquider en trois mois pour 341 fr. 25, demandera un an au minimum et coûtera 2360 francs de frais avec le partage judiciaire — M. Théry signale un moyen d'éviter le partage judiciaire en nommant des exécuteurs testamentaires et en leur donnant le pouvoir de vendre les biens, avec un modèle de la formule à employer

e cas où l'intéressé mineur ou absent ne ratifierait pas plus tard le partage fait sans lui. Il suffirait même que l'un des copartageants se portât fort pour lui envers les autres et promît sa ratification. Ce procédé a un inconvénient : l'absent ou l'incapable n'est pas lié et peut faire tomber le partage.

Pour les mineurs il existe un moyen qui a l'avantage de rendre la convention obligatoire à leur égard : on emploie les formes beaucoup plus simples de la *transaction* (art. 467), ce qui permet une répartition conventionnelle des lots. Si cette transaction met fin à l'indivision, l'emploi des formes judiciaires devient inutile (Cass., 5 déc. 1887, D. 88. 1. 241, S. 88. 1. 425)[1] : mais il faut pour cela que les difficultés terminées par la transaction soient réelles et non simulées. Comp. Testoud, *Revue critique*, 1881, p. 715, sur un partage fait sous forme de cession.

Enfin, quand la majorité du mineur n'est pas trop éloignée, on a la ressource de l'attendre au moyen d'une *convention d'indivision* (ci-dessus, n°s 2326 et suiv.), accompagnée d'un *partage provisionnel* (ci-dessus, n°s 2344 et suiv.).

Les procédés qui viennent d'être indiqués sont *licites*. Il en est un autre, auquel on aurait pu recourir pour procéder à un partage subreptice : c'est la vente des biens indivis qui permettrait de les transformer en argent, et rien ne serait plus facile alors que de partager le prix. La jurisprudence y a pourvu, tout au moins pour les valeurs mobilières ; elle a décidé que le conseil de famille ne pouvait autoriser l'aliénation qu'à la condition de prescrire l'acquisition, à titre de remploi, d'une nouvelle valeur qui serait immatriculée, comme la première au nom de tous les copropriétaires par indivis (Cass., 15 juill. 1890, D. 90. 1. 361, S. 97. 1. 9). Sinon, c'est-à-dire si on se propose de partager l'argent, il est nécessaire de recourir aux formalités du partage judiciaire (Just. paix Reims, 27 août 1900, D. 1901. 2. 165). Le désir d'empêcher qu'on ne tourne l'art. 838 a ainsi conduit la Cour de cassation à ajouter quelque chose aux exigences de la loi du 27 février 1880. Cette loi a simplement soumis le tuteur au contrôle du conseil de famille et du tribunal pour les aliénations de valeurs mobilières ; elle n'a nullement obligé le tribunal à prescrire un remploi ; elle lui permet d'autoriser purement et simplement la vente (voyez t. I, n° 1900). En imposant le remploi en valeurs nominatives, quand il s'agit de valeurs indivises, la jurisprudence comble donc une lacune de la loi. De plus, la nécessité d'immatriculer nominativement les valeurs à acquérir rend indirectement impossible, tant que dure l'indivision, la conversion en valeurs au porteur.

A. — Formes du partage amiable.

***2353. Liberté des parties.** — Aucune forme n'a été établie par la loi pour le partage amiable ; les parties le font « dans la forme et par tel

[1] L'exactitude de cette solution est douteuse. Pour qu'un acte puisse être employé à la place d'un autre, il faut que sa fonction principale soit la même ; sans cela, il n'en peut pas faire l'office. Ainsi la vente peut servir à cacher une donation parce que ces deux contrats ont comme effet principal commun le *transfert de propriété* ; en simulant *un prix* on peut donc donner à une donation l'apparence d'une vente, tout en réalisant le transfert au profit du donataire. Mais comment une transaction, dont le rôle propre est d'empêcher un procès, pourrait-elle tenir lieu du partage qui a pour effet la formation de lots individuels ? Si on fait semblant de transiger, on se met d'accord sur un litige imaginaire, mais le partage n'est pas fait.

acte qu'elles jugent convenable » (art. 819). *Dans la forme...*, ces mots font allusion à la manière de procéder au partage, soit pour l'estimation des biens, soit pour la composition des lots, soit pour leur tirage au sort ou leur distribution. *Par tel acte...*, cela signifie par acte sous seings privés ou par acte notarié [1].

2354. Partage fait sans écrit. — Un partage est valable quoiqu'il n'ait point été rédigé d'écrit pour le constater ; la division matérielle des choses suffit, quand elle est faite dans une intention définitive (Paris, 23 mars 1878, D. 79. 5. 300, S. 78. 2. 256 ; Poitiers, 9 mars 1893, D. 95. 2. 121, S. 94. 2. 153). Seulement les parties risquent d'éprouver des difficultés pour le prouver, à raison des règles restrictives du droit français sur la preuve des contrats ; mais il pourra être établi par l'*aveu* des parties.

Si on a quelquefois douté de sa validité, c'est que l'art. 816 déclare l'action en partage recevable toutes les fois qu'il n'y a pas eu « un *acte de partage* ». Mais ces mots ne s'entendent pas à la rigueur ; la loi prévoit ici le cas ordinaire, celui où les parties dressent un écrit pour constater leurs conventions ; si elles n'en font pas, il n'y a aucune raison pour déroger aux règles de la preuve et méconnaître un *partage réellement effectué*, avoué par les parties, ce qui reviendrait à faire du partage un acte solennel, dont l'écriture serait une condition essentielle d'existence, contrairement à toutes les habitudes de notre droit moderne et contrairement aussi à la formule très libérale de l'art. 819 [2].

B. — Formes du partage judiciaire.

2354 *bis*. Bibliographie. — Piédelièvre, Rapport sur la question du partage judiciaire (*Société d'études législatives, Bulletin*, 1905, p. 215). — Fernand Mercier, *De la réforme du partage judiciaire*, thèse, Paris, 1905. — Flour de Saint-Genis, *Les frais de procédure et l'héritage rural* (*Réforme sociale*, 1904, 1er semestre).

1° Formalités préalables.

2355. Scellés. — S'il y a des *mineurs* ou *interdits* qui ne soient pas encore pourvus d'un tuteur, l'apposition des scellés est nécessaire (art. 911 C. proc. civ. modifiant l'art. 819). Il en est de même s'il y a des *non-présents* (art. 819). Leur apposition a lieu sur la requête du ministère public, ou d'office par le juge de paix, ou à la demande du plus diligent des intéressés [3].

[1] Je ne crois pas qu'il faille entendre ici le mot « acte » dans le sens d'*acte juridique*, et dire que les parties peuvent faire leur partage au moyen d'un échange ou d'une vente : une *vente* peut *équivaloir au partage*, en faisant cesser l'indivision ; elle n'est pas un *partage*. La loi n'a songé qu'au cas du partage fait sous sa forme habituelle. Comparez Pothier : « Les partages se font à l'amiable *par acte* par devant notaire ou même souvent *par acte* sous seing privé » (*Successions*, chap. IV, art. 4).

[2] La plupart des auteurs modernes se tirent d'affaire d'une autre manière en disant que dans l'art. 816, le mot « acte » a le sens d'*acte juridique*, et non pas d'*acte écrit*. C'est escamoter le sens de la loi ; une affirmation n'est pas une preuve, et la preuve qu'on se trompe résulte de la simple lecture du passage de Pothier qui a fourni la matière de l'art. 816 : Pothier dit qu'il y a lieu à l'action en partage, malgré la possession séparée en fait, « tant qu'on ne *rapporte* pas *aucun acte prescrit* (pré-écrit), par lequel ils aient partagé » (édit. Bugnet, t. VIII, p. 151). Il suppose plus loin que l' « acte » s'est *égaré*. Tout ceci ne convient qu'à un acte écrit, et il faudrait ignorer la façon dont le Code a été élaboré pour douter de l'identité de sens dans l'emploi qu'il a fait du même mot et presque des mêmes tournures de phrase.

[3] Cette formalité avait été instituée par les Codes dans l'intérêt des particuliers ; elle fonctionne aujourd'hui contre eux : en 1910, une circulaire du ministre de l'Intérieur (M. Briand) a enjoint aux maires de donner avis au juge de paix du décès de

Les *créanciers* peuvent aussi requérir l'apposition des scellés, en vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge (art. 820). Lorsque les scellés ont été apposés, tous les créanciers peuvent y former *opposition*, même sans titre exécutoire ou sans permission du juge, pour empêcher qu'ils soient levés hors de leur présence (art. 821).

2356. Inventaire. — Pour la levée des scellés et la confection de l'inventaire, l'art. 821 renvoie aux lois sur la procédure. Comp. ci-dessus, n° 2018.

2° Compétence.

2357. Détermination du tribunal. — Le tribunal compétent pour procéder au partage et pour connaître de toutes les contestations qui s'élèvent au cours des opérations est *le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession* (art. 822, al. 1). Comp. art. 50-3° et 59 C. proc. civ.

2358. Durée de sa compétence. — Sa compétence s'étend même à certaines *actions postérieures au partage*, pour les questions de *garantie* et de *rescision* (art. 822, al. 2). Sur ce point toutefois il y a eu doute, parce que l'art. 59 C. proc. civ. dit que le tribunal est compétent « jusqu'au partage *inclusivement* ». De là quelques auteurs ont conclu que l'art. 822, al. 2, avait été implicitement modifié par le Code de procédure : mais il a été reconnu que les principes établis par le Code civil n'étaient pas atteints par une rédaction insuffisante, qui n'est qu'une inadvertance législative. On dit de plus que le recours en garantie est une suite nécessaire du partage, qui doit suivre les mêmes règles, et quant à la demande en rescision, elle remet tout en question et restitue au tribunal sa compétence initiale, puisque le partage est à recommencer.

3° Procédure et opérations du partage.

2359. Indications générales. — L'art. 823 dit que le tribunal prononce *comme en matière sommaire* (voyez art. 404 et suiv. C. proc. civ.). Toutefois ceci n'a lieu que si la contestation porte sur la forme ou sur les opérations du partage. S'il y a contestation au fond sur le droit des copartageants, la procédure ordinaire doit être suivie.

Le jugement commet un notaire chargé de procéder aux opérations, et nomme un juge commissaire, sur le rapport duquel le tribunal statuera. Il y a désaccord dans la jurisprudence sur le point de savoir si le renvoi devant notaire est obligatoire pour le tribunal. Voyez en sens opposés, Lyon, 12 févr. 1886, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 24 août 1886, et Cass., 2 déc. 1872, S. 74. 1. 62.

2360 Estimation des biens. — Cette estimation est nécessaire pour les meubles ; elle est devenue *facultative pour les immeubles* depuis 1841 (art. 970, al. 2, C. proc. civ.).

Elle est faite *par experts*. Les experts peuvent être choisis par les parties elles-mêmes (experts convenus), même lorsqu'il y a des mineurs (art. 824). Les termes généraux de cet article sont considérés comme ayant modifié simplement l'art. 426, qui lui est antérieur et qui exigeait que les experts fussent nommés d'office, au cas où il y avait des mineurs. — Quand il y a désaccord entre les parties, les experts sont nommés d'office par le tribunal.

Les textes primitifs voulaient que les experts fussent toujours au nombre de trois. Depuis 1841, on peut se contenter d'un seul, si le tribunal le juge à propos (art. 971 C. proc. civ.).

L'estimation doit être faite à juste prix et *sans crue* [1].

toute personne qui laisse pour héritiers des mineurs, des incapables, ou des absents. Cette mesure est ordonnée pour que l'apposition des scellés faite d'office par le juge de paix rende nécessaire un inventaire et permette de découvrir les valeurs mobilières que les héritiers pourraient dissimuler. C'est une mesure fiscale qui fait partie d'un ensemble de mesures de rigueur. Elle va, du reste, bien au delà des termes de la loi, en parlant des *incapables en général*.

[1] La *crue* était une sorte de complément qu'on ajoutait autrefois aux prisées faites

2361. Vente des biens. — En principe les biens héréditaires ne doivent pas être vendus ; ils doivent être partagés en nature, aussi bien les meubles que les immeubles ; chacun des cohéritiers peut en demander sa part (art. 826 et 832).

Exceptionnellement la vente des biens peut devenir nécessaire.

1° Meubles. — Les meubles peuvent être vendus *pour payer les dettes et charges* de la succession, et c'est la majorité des héritiers qui décide si la vente doit avoir lieu (art. 826). La majorité se compte par têtes ; on ne tient pas compte de la différence des parts ; toutefois, dans le partage par souches, les représentants ne comptent tous ensemble que pour une tête, celle du représenté.

La vente est faite dans les formes prescrites par les art. 945 et suiv. C. proc. civ., qui renvoient aux formes des saisies-exécutions.

— L'art. 826 dit encore que les meubles sont vendus quand il y a des créanciers saisissants. Cela est vrai, mais cela n'est plus alors une opération du partage ; c'est un créancier qui exerce son droit de poursuite.

2° Immeubles. — Les biens immobiliers ne doivent être vendus que dans un seul cas, quand ils sont *impartageables*. Si quelques uns seulement ne peuvent pas être partagés, ceux-là seuls doivent être vendus (art. 827). La vente des immeubles se fait *aux enchères*, soit à l'*audience des criées* devant un des juges du tribunal, soit *devant un notaire*, commis par la justice, au choix du tribunal, (art. 970 C. proc. civ. modifiant l'art. 827).

Cette vente est seule à porter dans la pratique le nom de *licitation*, comme si le sens naturel de ce mot, qui veut dire tout simplement « vente aux enchères », avait quelque rapport spécial avec l'idée d'indivision ou de succession.

Les *étrangers* (personnes autres que les indivisaires) y sont *nécessairement admis* quand il y a parmi les héritiers un incapable ou un absent (art. 839) ; ils *peuvent* aussi y être admis, si tous les intéressés sont présents et capables : il suffit pour cela que l'un des héritiers le demande.

2362. Formation de la masse. — Après l'estimation des biens et la vente de ceux qui doivent être vendus, on procède à la formation de la masse partageable. C'est le notaire commis qui en est chargé, et on l'appelle pour cela « notaire liquidateur ». Son rôle n'est plus ici ce qu'il est d'ordinaire ; il n'est pas simple *rédacteur* d'un acte contenant l'expression de la volonté des parties ; il agit seul pour régler leurs droits, et il n'est pas assisté par la présence d'un notaire en second ou de témoins instrumentaires (art. 976 et 977 C proc. civ.). S'il s'élève des difficultés, il en dresse un procès-verbal qu'il dépose au greffe (art. 837).

La masse se compose de tous les *biens laissés par le défunt*, et des *biens et sommes rapportés*, d'après les règles sus-indiquées, comme ayant fait l'objet de dons, de legs ou de dettes. En outre, le notaire doit tenir compte des sommes que chaque héritier peut devoir à la masse à raison des *perceptions de fruits* opérées par lui depuis l'ouverture de la succession, ainsi que des sommes qui lui seraient dues pour *réparations ou paiements effectués dans l'intérêt de la masse* (art. 828-830).

2363. Composition des lots. — Qui les fait. — Les lots sont faits par un *expert nommé par le juge commissaire* (art. 978 C. proc. civ.). Lorsque la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou plusieurs immeubles sur lesquels les droits des intéressés sont déjà liquidés, des lots sont faits par les experts chargés de l'estimation, lesquels sont *nommés par le tribunal* (art. 975 C. proc. civ.). Ce dernier article,

---

dans les inventaires pour la raison suivante. Les huissiers ou jurés priseurs ayant jadis l'habitude d'estimer à trop haut prix les meubles inventoriés, pour enfler leur salaire, un édit de Henri II, de février 1566, les déclara responsables du montant de leur estimation quand la vente se ferait à un prix inférieur à leur prisée. Pour ne pas se trouver en perte, les jurés prirent l'habitude de donner des chiffres plus bas que la valeur réelle ; quand on voulait obtenir celle-ci, il fallait donc ajouter quelque chose au chiffre donné dans l'inventaire : c'était ce qu'on appelait la « crue ». Cette habitude a disparu avec la responsabilité des officiers publics chargés des inventaires ; ils font maintenant leurs estimations à juste prix.

qui a été remanié par la loi du 2 juin 1841, a modifié simplement la décision des art. 466 et 834 C. civ. entre lesquels il y avait antinomie.

Manière de les composer. — Pour la façon de composer les lots, l'art. 832 établit une règle remarquable : il veut que chaque lot contienne autant que possible *la même quantité de biens de même nature*, meubles, immeubles, créances, etc. Cependant la loi recommande en même temps de ne pas morceler les héritages et de ne pas diviser les exploitations. Il y aurait en effet un danger, au point de vue économique, à trop multiplier les petites entreprises et à diviser la propriété en lots minuscules. Le vœu que la loi émet est donc incompatible avec l'obligation précise qu'elle établit et avec le droit absolu que donne l'art. 826 à chaque héritier d'exiger sa part d'immeubles en nature. Comp. ci-dessus, nos 2318-2321.

Signalons à ce point de vue un système particulier et dérogatoire au droit commun établi par la loi du 30 novembre 1894, sur les *habitations à bon marché*, art. 8-2o. D'après ce texte, chacun des héritiers, ainsi que le conjoint survivant, a la faculté de reprendre la maison sur estimation ; la préférence est accordée à celui des héritiers que le défunt a désigné ; puis à l'époux, s'il est propriétaire pour moitié au moins. Hors ces cas, la majorité des intéressés décide ; à défaut de majorité la maison est tirée au sort. Elle n'est donc ni partagée ni licitée.

Soultes. — En principe, les lots doivent être égaux aux parts des héritiers ; mais comme on ne peut que rarement obtenir une égalité absolue, on compense l'inégalité au moyen de *soultes* ou *retours de lots* en argent : celui qui reçoit plus que sa part paie aux autres la différence (art. 833).

Nombre de lots. — Il doit être formé *autant de lots qu'il y a de cohéritiers* à prendre part au partage puisqu'ils doivent être tirés au sort. Cependant, si certains héritiers viennent par représentation d'une même *souche*, on ne fait pour eux qu'un lot unique, celui du représenté ; puis ils partagent entre eux celui qui leur est attribué par le sort (art. 836).

Successions divisées en parts inégales. — Quand les parts qui reviennent aux différents héritiers ne sont pas égales, on représente la part de chacun par une fraction et on réduit toutes ces fractions au même dénominateur. On partage la succession en autant de petits lots qu'il y a d'unités dans leur dénominateur commun, et chacun prend autant de ces lots qu'il lui en faut pour le remplir de sa part. L'exemple le plus simple est le partage d'une succession entre le frère et le père du défunt ; le frère a droit aux trois quarts, le père à un quart. On fait quatre lots et le frère en prend trois. Quand il y a le père, la mère et trois frères, on réduit tout en douzièmes, le père et la mère en prennent chacun trois (un quart du total) et chacun des frères en a deux. Mais on arrive souvent à des calculs beaucoup plus compliqués : on voit des collatéraux obtenir quinze 124es d'une succession ou autres chiffres analogues.

Répartition de la succession entre les deux lignes. — Dans les cas très nombreux où la succession se partage entre les deux lignes, il serait évidemment avantageux de commencer par faire deux parts égales, une pour chaque ligne, qu'on partagerait ensuite selon le nombre des héritiers qui représentent chacune d'elles. Mais la Cour de cassation considère ce procédé comme contraire à la loi (Cass., 28 nov. 1883, D. 84. 1. 153, S. 85. 1. 65). Elle n'admet la formation de lots collectifs que dans le cas de partage par souches. C'est une interprétation un peu étroite des textes, qui ne prohibent pas formellement ce genre de partage ; leur silence ne peut équivaloir à une interdiction (comp. Demante, t. III, no 136 *bis* et no 163 *bis* ; Demolombe, t. X, no 684). Le système imposé par la Cour de cassation rend la licitation presque toujours nécessaire, car il est impossible de former la multitude de petits lots qu'exige l'inégalité des parts dans les successions collatérales.

2364. Homologation. — Une fois les lots composés par l'expert, le notaire rédige un rapport, contenant le résultat des opérations ; il en délivre une expédition à la partie la plus diligente qui poursuit l'homologation. Le tribunal statue sur rapport du juge-commissaire et, s'il y a lieu, sur les conclusions du ministère public. Chaque copartageant est admis à proposer ses réclamations (art. 835 C. civ. ; art. 980 et 981 C. proc. civ.).

Sur la question de savoir si le jugement d'homologation emporte hypothèque judiciaire, voyez Cass., 4 janv. 1911, D. 1911. 1. 249. Voyez aussi t. II, nº 2859-5º.

2365. Tirage au sort des lots. — Il se fait devant le juge-commissaire ou devant le notaire, selon ce qu'a décidé le jugement d'homologation. Sur le moment où il doit se faire, voyez Cass., 27 mai 1903, D. 1904. 1. 137.

C'est dans ce tirage forcé que réside l'inconvénient majeur du partage en justice. Quand les lots sont de nature différente, et que les héritiers ont des préférences opposées, ils sont à peu près sûrs d'avoir tous à se plaindre du lot qui leur arrive. Pourtant rien n'autorise une dérogation à une règle aussi formelle, et la jurisprudence repousse avec raison toutes les tentatives qui sont faites pour procéder par voie d'attribution [1]. Le tirage au sort a été considéré comme une mesure de protection et de garantie pour les incapables et les absents.

En 1841, lors du vote de la loi du 2 juin, un amendement fut proposé autorisant le tribunal à procéder par voie d'attribution, tout au moins dans le cas où les lots sont inégaux. Ce fut rejeté parce qu'on ne voulut pas modifier le Code civil dans une loi de procédure, scrupule de pure forme qu'on n'aurait sans doute plus aujourd'hui.

2366. Remise des titres. — Quand tout est terminé, on remet les titres aux héritiers. Voyez sur ce point l'art. 842.

2366 *bis*. Choses impartageables. — On trouve souvent dans les successions un certain nombre d'objets et de biens qui ne peuvent être ni partagés entre les héritiers ni vendus à des étrangers. Tels sont :

1º Les titres de noblesse. — Les héritiers doivent s'entendre pour les confier à l'un d'eux qui les conservera dans l'intérêt commun ; à défaut d'entente, le tribunal désigne celui qui en recevra le dépôt (Angers, 12 févr. 1885, S. 86. 2. 186).

2º Les tombeaux de famille. — Considéré comme objet de propriété d'une nature spéciale (voyez t. I, nº 3094), le tombeau doit rester dans l'indivision entre les héritiers du concessionnaire (Toulouse, 25 avril 1904, D. 1905. 2. 97) ; en effet il leur est interdit de céder leur droit à des étrangers [2]. Par suite chaque cohéritier a le droit d'y faire inhumer les siens, à la charge de respecter le droit des autres (Nancy, 24 mai 1889, S. 89. 2. 188. — Comp. Bordeaux, 27 févr. 1882, D. 83. 2. 158, S. 83. 2. 109 et les arrêts cités t. I, au nº 2083). On considère pourtant le tombeau comme transmis au légataire universel, à l'exclusion des collatéraux (Agen, 23 juin 1909, D. 1910. 2. 18, P. et S. 1909. 2. 243). Sur tous ces points, voir la note sous trib. civ. de Narbonne, 15 janv. 1913, D. 1914. 2. 36.

Mais la même indivisibilité ne s'étend pas aux *portraits* et *souvenirs de famille*, qui sont des biens partageables comme les autres (Paris, 3 mars 1896, D. 97. 2. 54).

Sur la transmission des papiers de famille et autres objets sans valeur vénale, voyez Champcommunal, note dans P. 97. 2. 81, et Dalloz, *Suppl.*, vº Succession, nº 1092.

§ 4. — *Effet déclaratif du partage.*

A. — Différence entre le droit français et le droit romain.

*** 2367. Conception antique du partage.** — D'après le droit romain, le partage est *attributif de propriété*. Pendant l'indivision chaque objet est

[1] M. Alexandresco (p. 187) pense que les tribunaux roumains peuvent procéder au partage par attribution, sans tirage au sort, en vertu de l'art. 743, § 2, C. civ. roumain, conforme à l'art. 966, § 2, C. civ. italien.

[2] Voyez cependant Lyon, 17 août 1880, D. 81. 2. 16, S. 82. 2. 78, qui autorise la rétrocession quand l'usage local le permet et que le contrat de concession ne l'interdit pas. Voyez aussi, pour les légataires universels, Aix, 17 avril 1907, S. 1907. 2. 278.

à la fois la propriété de tous les cohéritiers ; chacun d'eux a une part de propriété dans chaque chose. Une fois le partage opéré, chacun d'eux est propriétaire exclusif des objets mis dans son lot ; les autres n'y ont plus aucun droit, et par réciproque, lui-même n'a plus de droit sur les choses mises au lot des autres, dont il était avant le partage propriétaire par indivis. Que s'est-il donc passé ? Il y a eu entre les cohéritiers un *échange de parts indivises* : chacun d'eux a cédé aux autres la part qu'il avait dans leur lot, et a reçu à la place celles que les autres possédaient dans le sien. De la sorte, chaque cohéritier est *en partie seulement l'ayant cause direct* du défunt, pour la part qui lui appartenait primitivement dans son lot ; pour le surplus, il est l'ayant cause des autres copartageants. Cette analyse du partage fait de lui un acte *translatif* ou *attributif* de propriété.

Ce transfert réciproque de parts indivises était obtenu au moyen de l'*adjudicatio*, partie spéciale de la *formula*, qui se trouvait dans les deux actions en partage (familiæ erciscundæ et communi dividundo) et qui donnait au juge le pouvoir de transférer la propriété.

Conséquence. — Si une hypothèque avait été constituée pendant l'indivision par l'un des copropriétaires sur sa part, elle continuait à grever chaque objet héréditaire pour cette part, même après que le partage en avait attribué la propriété aux autres cohéritiers. Chacun d'eux se trouvait ainsi grevé des hypothèques constituées sur les autres pendant le partage, et comme les hypothèques sont indivisibles, il ne pouvait libérer sa part qu'à la condition de payer la dette en totalité (*Dig.*, liv. XX, tit. 6, fr. 7, § 4). Comp. *Dig.*, liv. X, tit. 3, fr. 6, § 8 et 9.

** **2368. Conception française du partage.** — Dans notre droit moderne le partage n'est plus attributif ou translatif de propriété : il est *déclaratif* ou *rétroactif*, ce qui veut dire, ainsi que l'explique très clairement l'art. 883, que *chaque cohéritier est censé avoir toujours été seul propriétaire des biens mis dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.* La période de l'indivision est pour ainsi dire effacée, et chaque cohéritier est censé avoir reçu son lot tout fait dès le jour du décès. C'est ce qui justifie l'épithète « rétroactif » ou « déclaratif », appliquée au partage.

La conséquence s'entrevoit tout de suite : les actes de disposition faits par les cohéritiers pendant l'indivision sont valables s'ils ont porté sur les biens qui leur sont plus tard attribués par le partage ; ils sont nuls, s'ils ont eu pour objet des biens mis dans le lot d'un autre, parce qu'ils sont réputés avoir été faits par un non-propriétaire. Nous reviendrons plus loin en détail sur cet effet du principe écrit dans l'art. 883.

2369. Législations étrangères. — Le principe français du partage déclaratif a été admis en *Hollande* (art. 1129 C. civ.), en *Roumanie* (art. 787 C. civ.), en *Italie*

(art. 1304 C. civ.). Mais le *Code civil allemand* l'a abandonné, et il résout les questions pratiques qui naissent de l'indivision en exigeant pour chaque acte le consentement de tous les héritiers agissant ensemble (art. 2032 et suiv.). Comp. De Loynes, D. 1900. 2. 52.

2370. Bibliographie. — A. Wahl, *Des variations de la jurisprudence sur l'effet déclaratif du partage* (*Livre du centenaire*, t. I, p. 443). — Marc Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, Paris, 1908. — Paillard, *L'effet déclaratif du partage en droit fiscal*, thèse, Paris, 1912.

B. — Histoire du changement.

2371. Observation. — La façon dont le principe du partage déclaratif s'est introduit dans notre droit est généralement présentée d'une manière fort inexacte. On semble croire que le principe a été formulé dès le début, avec l'intention d'en obtenir les résultats qu'il a produits, comme si on avait pu dès lors les prévoir. De plus, on se trompe souvent en disant que la règle, admise d'abord en droit fiscal, s'est étendue de là au droit civil. En France tout au moins, c'est l'inverse qui est vrai [1].

1° Apparition du principe en matière civile.

2372. Tentative de 1538. — Quatre frères possédaient par indivis un fief situé à Paris. Pendant l'indivision le seigneur de ce fief en saisit une partie (un sixième) appartenant à l'un des puînés. Le partage étant intervenu, ce fief fut attribué en entier à l'aîné, et les puînés reçurent pour lots d'autres terres ne relevant pas du même seigneur. Il s'agissait de savoir si la saisie se trouvait annulée par l'effet du partage, comme ayant porté sur un bien qui appartenait à une autre personne que le débiteur. La question fut soumise à un conseil d'avocats, dont faisait partie Dumoulin, mais il ne put assister à la séance « quartana et autumnali febre laborans », et il expose longuement les arguments des praticiens, qui penchèrent pour la nullité de la saisie, et les raisons qui lui faisaient préférer l'opinion contraire (*Coutume de Paris*, De fiefs, § 1, glose 9, nos 43 et 47). Il n'y eut pas alors d'arrêt sur la question.

2373. Arrêts de 1569 et 1581. — Ce fut seulement après la mort de Dumoulin que le principe nouveau fit son apparition dans la jurisprudence, et on l'appliqua d'abord aux hypothèques. Une hypothèque est constituée pendant l'indivision par l'un des copropriétaires sur sa part indivise ; après le partage, continue-t-elle à porter sur cette part indivise, de façon à grever tous les lots, ou bien peut-on forcer le créancier hypothécaire à exercer son hypothèque seulement sur le lot de son débiteur, mais en l'étendant alors à la totalité de ce lot ? Un arrêt du 8 janvier 1569 décida que les parts des autres cohéritiers étaient affranchies de l'hypothèque par le partage (Louet, lettre H, somm. 11, nos 2 et 3) [2]. D'autres arrêts furent rendus en 1595 (*ibid.*).

A partir de ce moment le droit français n'a jamais abandonné cette solution, qui triompha par des raisons d'utilité pratique, à cause de la grande simplification qu'elle apportait à une situation très compliquée [3].

2° Application fiscale du principe nouveau.

2374. État primitif du droit. — Le seigneur percevait sous différents noms, et

[1] Ces observations ne s'appliquent qu'aux idées émises dans les livres courants ; elles ne concernent pas certains travaux faits d'après les textes originaux, comme l'étude de M. Aubépin sur l'influence de Dumoulin (*Revue critique*, 1860, p. 536 ; 1861, p. 515).

[2] Cet arrêt semble se référer à une jurisprudence antérieure, qui ne nous est pas parvenue, car d'après Louët, il avait décidé que « le § final de la loi *si consensit* ne se gardoit point au Palais » (*loc. cit.*, § 3 *in fine*).

[3] Déjà en droit romain Trebatius avait donné une solution analogue pour une constitution d'usufruit faite pendant l'indivision ; mais son opinion avait été condamnée (*Dig.*, liv. XXXIII, tit. 2, fr. 31). Comp. Gui Coquille, *Questions et réponses*, XXVII.

principalement sous celui de *laudemium* (lods et ventes), un droit assez élevé sur toute aliénation du fief ou de la tenure faite par son vassal ; mais il semble avoir été admis de tout temps que *ces droits n'étaient pas dus à raison d'un partage en nature*, quand des cohéritiers se bornaient à partager entre eux un fief indivis. Gui Pape (mort en 1476) en donne la raison : « Non enim ex tali divisione mutatur dominium, sed suum quisque recipit » (Quæst. 48 *in fine* et consil. 46).

Mais lorsque l'un des cohéritiers recevait plus que sa part, soit parce qu'on était obligé de former des lots inégaux, que l'on compensait au moyen de *soultes*, soit parce qu'on *licitait* un bien impartageable et que l'un d'eux le prenait tout entier en payant aux autres leurs parts, on le considérait comme ayant acquis d'eux tout ce qui dépassait sa part primitive et on lui faisait payer les droits sur cet excédent. Telle fut la jurisprudence pendant presque toute la première moitié du XVIe siècle [1].

2375. Opinion de Dumoulin. — Dumoulin, qui paraît avoir eu une grande influence sur cette partie de la théorie, enseigna que l'intention des parties devait tout dominer et que les droits n'étaient pas dus, même pour les parts acquises au delà de la part primitive, toutes les fois que les cohéritiers avaient eu principalement l'intention de partager. En conséquence il décidait : 1° que le profit n'était pas dû pour *le partage avec soulte*, quand l'un des ayants droit recevait plus que sa part, et sans qu'il y eût à rechercher s'il compensait la différence de ses deniers ou à l'aide de valeurs héréditaires ; 2° qu'il n'était pas dû davantage pour le cas de *licitation* quand l'un des cohéritiers devenait seul adjudicataire, mais à la condition que les étrangers n'eussent pas été admis à enchérir ; leur présence devant avoir pour effet de faire de la licitation une véritable vente (*Coutume de Paris*, § 33 [*alias*, § 22], quest. 22, n°s 69 et 73). Comp. D'ARGENTRÉ, *De laudemiis*, n°s 24 et 53, et sur l'art. 73 A. C, note 4, et n° 3 [2].

2376. Réforme de 1580. — Le droit changea en 1580 ; on introduisit dans la nouvelle rédaction de la coutume de Paris, une disposition qui dispensait l'héritier adjudicataire sur licitation de payer les lods et ventes sur les parts acquises par lui de ses cohéritiers (art. 80). Les procès verbaux ne contiennent aucune explication, si ce n'est que ce texte fut admis « pour coutume nouvelle ». Elle était contraire à l'opinion de beaucoup d'auteurs du XVIe siècle, Bacquet, Tiraqueau, Fabre. Voyez les citations dans BRODEAU, *Coutume de Paris*, art. 80, n° 6.

2377. Jurisprudence postérieure. — La jurisprudence développa l'idée nouvelle. Elle commença par décider que l'existence d'une soulte n'entraînait pas le paiement des « ventes », bien que la coutume n'en eût rien dit expressément (arrêt de juillet 1586, cité par LOUET, lettre L, somm. 9, n° 1) [3]. Puis, par arrêt du 3 mars 1587, il fut jugé qu'il n'était dû aucuns droits de lods et ventes ou autres profits seigneuriaux, quand l'un des cohéritiers se portait adjudicataire, *bien que les étrangers eussent été admis à la licitation* (*ibid.*, n° 2).

[1] Dumoulin rapporte même une affaire dans laquelle le fisc montra des prétentions plus fortes encore. Une maison sise à Paris sous la censive du roi et indivise entre trois héritiers ayant été licitée et adjugée à l'un d'eux, Agnès Buquet ou Bequet, le receveur du roi prétendit lui faire payer les lods et ventes *même sur le tiers* qui lui appartenait à titre héréditaire, parce que *la totalité de la maison avait été mise en vente* et que *les étrangers avaient été admis à enchérir*. Dumoulin se mêla de l'affaire et démontra que cette prétention n'était pas fondée : « Cum ipsa nunquam vendiderit partem suam nec alius eam emerit, ergo illa pars remansit in statu suo antiquo, nec potuit dici empta a domina et possidente » (*Coutume de Paris*, De censive, § 78, n°s 170 à 179). Dans les ouvrages de Brodeau et de Louët, ce passage est cité comme se trouvant au § 55 des commentaires de Dumoulin sur la coutume de Paris.

[2] D'Argentré eut en cette matière un système plus logique et plus suivi que Dumoulin. Ce dernier, après avoir combattu de son vivant l'effet déclaratif du partage en matière d'hypothèques, fournit des armes au système qui triompha après sa mort pour exonérer les copartageants du paiement des lods et ventes sur les soultes et sur les prix de licitation. D'Argentré s'appuya exclusivement sur la vieille idée des Bartolistes, que le partage, avec toutes les opérations accessoires qu'il entraîne, est une « alienatio necessaria », qui est exempte à ce titre des profits féodaux.

[3] Charondas cite même un ancien arrêt de 1559 qui l'avait déjà jugé ainsi (sur l'art. 80 de la coutume de Paris). Comp. BRODEAU, *Coutume de Paris*, art. 80, n° 13.

C. — Explications théoriques modernes.

* **2378. Explication par une fiction.** — A ces solutions, qui ont été admises jadis pour de simples motifs d'intérêt et de pratique, les auteurs modernes ont cherché des explications rationnelles, dont les jurisconsultes anciens ne se sont pas mis en peine. Ceux-ci, envisageant le partage dans ses résultats, pensaient qu'il ne contenait en lui aucune aliénation ou transmission des parts, mais qu'il *déterminait* seulement celles-ci. Cette manière toute simple de comprendre les choses est très visible dans Pothier[1].

La plupart des auteurs modernes expliquent le système de la loi par l'idée d'une *fiction* : une fois le partage opéré on suppose que chaque propriétaire a reçu son lot tout fait et qu'il le tient immédiatement du défunt, sans avoir rien acquis de ses cohéritiers. L'expression « est *censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot » dont se servait déjà Pothier et que le Code a conservée, autorise en effet cette explication. Il faut en outre se rappeler que le principe a été formulé après coup pour expliquer théoriquement des décisions dont chacune a été admise isolément pour des raisons diverses, principalement d'ordre pratique.

* **2379. Explication par l'idée d'une condition résolutoire.** — Avec l'idée de fiction on donne à l'art. 883 une portée limitée : on en fait une disposition exceptionnelle qui doit être interprétée restrictivement Quelques auteurs, désireux d'en étendre les effets, ont cherché à écarter l'idée d'une fiction en supposant que chaque héritier a un *droit conditionnel* portant sur tous les biens de la succession : la condition est *qu'ils soient mis dans son lot*. Sur ceux qu'il obtient, cette condition est réalisée et il en est réputé *propriétaire unique*, à l'exclusion de tous les autres ; sur ceux qui tombent aux lots des autres, son droit disparaît, la condition était défaillie ; et ce double effet remonte au jour du décès par la rétroactivité de la condition (Demolombe, t. XVII, n° 264). L'idée d'une condition suspensive paraît bien être l'achèvement véritable de toute cette construction juridique, le terme final auquel on doit aboutir. La simple fiction n'est qu'une demi-explication, qui qualifie le résultat obtenu, à savoir la formation de lots exclusifs et indépendants les uns des autres, sans faire comprendre par quel procédé il est réalisé.

D. — Actes régis par l'art. 883.

2380. État chaotique de la jurisprudence. — Quels sont les actes

[1] « Le partage n'est donc pas considéré comme un *titre d'acquisition* ; c'est seulement un *acte déterminatif* des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers qui n'était qu'héritier en partie n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage... » (*Successions*, chap. IV, art. 5, § 1).

auxquels s'applique l'art. 883 ? Sur ce point, qui est capital, la jurisprudence offre le spectacle de contradictions incessantes, parce qu'elle n'a aucun principe fixe. Voyez WAHL, cité au n° 2370.

Pour simplifier l'examen de ses décisions, nous supposerons d'abord que les différents actes dont nous parlerons font entièrement cesser l'indivision à l'égard de tous les copropriétaires.

1° Partage en nature.

***2381. Partage pur et simple.** — Si l'on suppose que chacun des indivisaires reçoit exactement sa part en nature, on a le partage simple, c'est-à-dire l'acte auquel s'applique en première ligne l'effet déclaratif.

Si une partie seulement des biens compris dans l'indivision a été partagée, l'effet déclaratif s'appliquera dans la mesure où il y a eu partage, et pour le surplus, qui reste dans l'indivision, il résultera des actes ultérieurs.

*** 2382. Partage avec soulte.** — L'effet déclaratif appartient encore au partage, quand l'un des cohéritiers reçoit plus que sa part, en payant une soulte aux autres. Il n'est pas réputé avoir acheté ce qui excède sa part ; son lot tout entier est exempt des effets de l'indivision et est traité comme ayant toujours appartenu à lui seul.

L'art. 883 ne fait pas mention spéciale du partage avec soulte ; mais il le comprend implicitement, en attribuant à chaque cohéritier « les effets *mis dans son lot* », ce qui suffit pour maintenir une solution traditionnelle aussi certaine que celle-là.

2° Licitation.

***2383. Licitation au profit d'un cohéritier.** — Quand le bien indivis mis aux enchères est adjugé à l'un de ceux qui en étaient primitivement propriétaires, on dit que la licitation *vaut partage*. L'art. 883, consacrant la solution déjà admise dans l'ancien droit, est formel sur ce point : le cohéritier adjudicataire est censé avoir toujours été seul propriétaire des biens « *à lui échus sur licitation* ».

La loi n'ayant pas distingué, la licitation vaut partage dans tous les cas, qu'elle soit faite en justice ou devant un notaire, et quelle que soit la raison qui a fait liciter, que le bien soit ou non partageable en nature.

Depuis le XVIe siècle, on ne distingue plus si les étrangers ont été ou non admis à enchérir (ci-dessus, n° 2377).

*** 2384. Licitation au profit d'un étranger.** — Lorsqu'un étranger se rend adjudicataire, la *licitation vaut vente*. Autre solution traditionnelle, maintenue implicitement par le Code. En effet la nature propre de l'acte est d'être une vente ; si on l'assimile au partage, c'est par faveur pour les copartageants. A l'égard d'un tiers, le principe naturel conserve sa force et l'acte est une vente translative de propriété.

Dans cette vente, qui est vendeur ? Ce sont tous les héritiers en bloc ; ils ont tous trans-

mis leurs parts indivises à l'acquéreur qui se trouve les avoir tous pour auteurs. Toutefois une question s'élève que nous rencontrerons plus loin, de savoir si l'attribution exclusive du prix à l'un des copartageants, attribution à lui faite dans le partage général de la masse indivise dont le bien licité faisait partie, n'a pas pour effet de faire de lui l'unique vendeur. Voyez ci-dessous, n° 2401.

*2385. **Conséquences de la distinction.** — De la distinction qui vient d'être faite pour la licitation, il résulte que *ses effets varient beaucoup selon l'issue des enchères*, comme on va le voir par le tableau suivant :

1° Action en résolution. — Si l'adjudication vaut vente comme ayant été faite à un étranger, l'acquéreur est soumis à l'*action résolutoire pour défaut de paiement du prix*, conformément à l'art. 1654. Si elle vaut partage, cette action n'existe pas contre le cohéritier qui s'est rendu adjudicataire, l'art. 1654 n'étant écrit que pour la vente[1] ; mais il peut y avoir lieu à *rescision pour lésion de plus du quart*, en vertu de l'art. 887.

2° Privilège. — Le paiement du prix d'adjudication sera dans les deux cas garanti par un privilège, mais ce ne sera pas le même ; contre l'adjudicataire étranger, ce sera le *privilège du vendeur* ; contre l'héritier adjudicataire, ce sera le *privilège des copartageants*, et les règles de ces deux privilèges, pour leur mode de publicité et leur conservation, ne sont pas les mêmes.

3° Garantie. — Il y aura également garantie dans les deux cas, mais d'après des règles différentes ; dans un cas on appliquera les règles de la vente (art. 1625 et suiv.) ; dans l'autre, les règles du partage (art. 884-885).

3° Vente amiable.

*2386. **Assimilation admise.** — Lorsqu'il n'y pas licitation, c'est-à-dire mise aux enchères, et que l'un des cohéritiers achète aux autres leurs parts indivises, à l'amiable, cette vente produit le même effet que la licitation et doit être comme elle assimilée au partage (Metz, 20 déc. 1865, D. 66. 2. 10, S. 66. 2. 281 ; Grenoble, 20 janv. 1893, D. 93. 2. 127, S. 93, 2. 265).

4° Cession de droits successifs.

*2387. **Assimilation avec le partage.** — Dans l'opinion générale

[1] Cependant, comme pour prouver qu'en cette matière tout peut se plaider et que les solutions les plus visiblement contraires à la loi ont des chances d'être admises par les arrêts, la Cour de Caen a décidé qu'il fallait considérer l'héritier créancier de la soulte comme ayant *vendu* à son copartageant tout ce qui excédait son lot strict (Caen, 2 mai 1865, Dalloz, *Suppl.*, t. XVII, p. 246, note 1 ; S. 65. 2. 261). En conséquence, elle a autorisé le créancier de la soulte, non payé, à reprendre le bien soi-disant aliéné par lui. Il est vrai qu'il s'agissait d'une femme mariée sous le régime dotal, qui voulait sauver sa dot, et que le procès se plaidait en Normandie, dans la province de la « sage coutume » qui ne voulait pas que le bien d'une femme pût jamais se perdre. Le salut de la dot est la loi suprême devant laquelle tous les principes du droit doivent fléchir. Ainsi doit s'expliquer l'admission de cette action en résolution d'un partage, action que le Code civil ne connaît pas (ci-dessous, n° 2406).

l'effet déclaratif s'attache à la cession de droits successifs aussi bien qu'à la licitation (DEMOLOMBE, t. XVII, nos 279 et 280 ; AUBRY et RAU, t. VI, § 625, p. 557 et 558, texte et note 7 ; LAURENT, t. X, nos 423 et 424 ; HUC, t. V, n° 444). Voyez toutefois les arrêts cités ci-dessous au n° 2392-2°, qui restreignent considérablement la portée de cette décision.

2388. Objections à l'assimilation. — Il y aurait eu cependant d'excellentes raisons pour décider que la *cession de droits successifs* n'équivaut pas à un partage, encore qu'elle puisse faire cesser l'indivision. De même que les créances peuvent s'éteindre par différentes causes qui n'équivalent pas au paiement, de même l'indivision peut cesser par des faits qui n'ont rien de commun avec le partage Le partage implique une idée de lotissement ; il est forcément inutile quand le nombre des copropriétaires se réduit à un. D'autre part la cession de droits successifs est l'aliénation de la part entière *à l'état indivis* : celui qui en bénéficie demandera dans le partage *deux parts au lieu d'une*, la sienne et celle du cédant ; pour cette dernière il est visible qu'il est l'ayant cause de son cédant, n'ayant de droit par lui même et en vertu de la loi que sur une part. En ce sens PLANIOL, *Revue critique*, 1883, p. 588 ; Grenoble, 4 janv. 1853, D. 56. 2. 355, S. 53. 2, 580. Comp. Toulouse, 14 déc. 1850, D. 51. 2. 85, S. 51. 2. 102.

5° Donation de parts.

2389. Impossibilité de l'assimiler au partage. — Tout le monde admet qu'un acte *gratuit*, par lesquel l'un des cohéritiers cède aux autres sa part sans rien recevoir en échange ne peut pas être assimilé au partage. Pour qu'on puisse faire un pareil rapprochement, il faut que chacun des ayants droit reçoive sa part *en nature ou par équivalent* : le partage est, par essence, *un acte à titre onéreux*.

6° Rôle de l'intention des parties.

2390. Cas où elle est prépondérante. — Les particuliers ne peuvent pas donner à un acte l'effet et la valeur d'un partage quand cet acte ne s'y prête pas par sa nature et que la loi ne l'assimile pas au partage. La force des choses et la décision de la loi sont supérieures à leur volonté. Mais ils peuvent très bien, *dans les cas où la loi admet l'assimilation*, l'écarter par une manifestation de volonté contraire. Il a été jugé, à mainte reprise, qu'un acte de vente ou de cession, susceptible de produire l'effet déclaratif du partage, peut se présenter *avec les caractères et les effets d'une vente*, si les parties l'ont voulu (Cass., 12 août 1856, D. 57 1. 8 ; Trib. d'Orange, 30 déc. 1885, S. 86. 2. 144 ; Cass., 6 avril 1886, D. 87. 1. 68, S. 97. 1. 149). On cite comme contraire un arrêt de la Cour de Grenoble (20 janv. 1893, D. 93. 2. 127, S. 93. 2. 265), mais cet arrêt suppose simplement que les parties s'étaient bornées à *qualifier* « vente » l'acte par lequel elles avaient fait cesser l'indivision ; elles n'avaient pas manifesté spécialement l'intention de lui faire produire les effets d'une vente, en excluant l'application de l'art. 883.

Il résulte de cette jurisprudence que pour tous les actes autres que le partage en nature, c'est-à dire pour la licitation, la vente amiable et la cession de droits successifs, l'effet déclaratif est *purement facultatif* et peut être écarté par une convention contraire.

E. — Condition d'application de l'art. 883.

**** 2391. Incertitude de la jurisprudence.** — Quand il s'agit de savoir à quelles conditions un acte tendant à faire cesser l'indivision produira l'effet déclaratif du partage, la jurisprudence se montre très hésitante.

Deux conditions ont été proposées : selon les uns, il faudrait que l'acte eût pour résultat de *faire cesser complètement l'indivision* ; selon les autres, il suffirait qu'il fût *fait avec le concours de tous les intéressés.*

1° Cessation totale de l'indivision.

***2392. Jurisprudence.** — Arrêts exigeant cette condition. — Beaucoup d'arrêts posent en principe que l'art. 883 est applicable seulement *aux actes qui font entièrement cesser l'indivision entre tous les ayants droit* (Cass., 24 avril 1884, D. 85. 1. 19, S. 84. 1. 209). Par conséquent, lorsque l'un ou quelques-uns seulement des copropriétaires sortent d'indivision pendant que d'autres y restent, cet acte (vente, licitation ou cession), n'ayant pas fait cesser l'indivision, n'équivaut pas à partage et est considéré comme translatif. Voyez sur ce principe les notes de M. Wahl, dans *Sirey*, 90. 1. 417, et 1912. 1. 49, et la note D. 76. 1. 369.

Ainsi jugé :

1° Pour l'acte qui attribue à certains copropriétaires *une somme d'argent pour tous droits*, pendant que les autres conservent les biens à l'état indivis (Aix, 30 avril 1885, S. sous Cass., 23 avril 1884 précité).

2° Pour la *cession de droits successifs* faite *au profit de plusieurs héritiers conjointement* (Cass., 19 mai 1886. D. 87. 1. 13, S. 87. 1. 113). Comp. Cass., 10 nov. 1862, D. 62. 1. 470, S. 63. 1. 127, qui attribue l'effet déclaratif à une cession, parce qu'elle avait fait cesser l'indivision à l'égard de tous.

3° Pour la *licitation prononcée au profit de plusieurs conjointement*, l'indivision continuant entre eux (Poitiers, 10 juill. 1889, D. 90. 2. 183 ; Alger, 10 avril 1894, D. 94. 2. 462 ; Riom, 29 déc. 1898, S. 1902. 2. 169, et la note de M. Wahl).

Arrêts admettant des tempéraments. — D'autres arrêts ont admis l'effet déclaratif, même dans des cas où l'indivision n'est pas entièrement supprimée, et constituent autant de restrictions au principe, qui ont été prises parfois, mais à tort, pour des contradictions ou des changements de jurisprudence.

a. — Cas d'allotissement. — Lorsque l'un des copropriétaires sort complètement de l'indivision, en recevant un lot distinct, alors que les autres conservent un ou plusieurs biens à l'état indivis, l'effet déclaratif peut se produire dans les apports du cohéritier loti séparement avec les autres, si l'indivision qui subsiste entre ces derniers a sa cause, non dans la dévolution héréditaire, mais dans une convention nouvelle (Cass., 9 déc. 1878, S. 79. 1. 299, S. 79. 1. 404 ; Cass., 21 mai 1895, D. 96. 1. 9, S. 95. 1. 350 ; Cass., 23 mars 1903, D. 1903. 1. 326, S. 1905. 1. 129).

b. — Confection d'un partage comprenant le prix de licitation. — Lorsqu'un partage réglant définitivement les droits des parties comprend dans la masse partageable le prix d'un immeuble licité, la licitation se confond avec le partage et produit, comme lui, l'effet déclaratif, alors même que cette licitation aurait été prononcée au profit de deux ou de plusieurs des copropriétaires. La jurisprudence considère, en ce cas, que le prix d'adjudication a remplacé l'immeuble licité dans la masse partageable, de sorte que cette masse a été entièrement distribuée entre les ayants droit et que l'indivision a cessé complètement pour eux. Quant à l'indivision qui subsiste entre les coadjudicataires de l'immeuble licité, elle est considérée, comme dans le cas précédent, comme ayant sa cause dans une convention nouvelle, et non dans la dévolution héréditaire (Cass., 12 mars 1900,

D. 1901. 1. 521, S. 1900. 1. 369 ; Cass., 11 janv. 1909, D. 1909. 1. 81, P. et S. 1912, 1. 49)[1].

Les arrêts indiqués sous la lettre *a* ont trait à une question de droit civil : ils dispensen les cohéritiers restés dans l'indivision de subir les hypothèques nées du chef de celui qui en est sorti ; les autres, indiqués sous la lettre *b*, ont été rendus en matière fiscale : ils dispensent les cohéritiers du droit de transcription sur le prix de l'immeuble licité. Ils paraissent avoir été la conséquence des précédents. D'ailleurs ils exigent une condition spéciale : il faut que l'acte de partage soit fait rapidement et puisse être présenté à l'enregistrement en même temps que la licitation ; sinon, l'Administration ne connaît que cette licitation, et elle est autorisée à la considérer comme translative pour tout ce qui excède la part primitive de l'adjudicataire dans l'immeuble. Cette condition se rattache à une décision de principe, admise depuis longtemps pour les cas d'adjudication à un héritier unique (Cass., Chambres réunies, 12 mai 1870, D. 70. 1. 225, S. 70. 1. 219). Comp. ci-dessous, n° 2408.

Ces décisions de la Cour de cassation ont été interprétées d'une façon plus large par beaucoup de tribunaux qui ont cru pouvoir admettre, d'une façon absolue, que l'adjudication produit l'effet déclaratif même quand elle est prononcée au profit de deux ou de plusieurs copropriétaires. Voyez le relevé de leurs décisions dans la note de M. Wahl, P. et S. 1912. 1. 49, col. 1. Voyez aussi Bordeaux, 24 déc. 1889, D. 90. 2. 182, S. 91. 2. 110.

* **2393 Examen théorique de la question.** — Au point de vue théorique, on doit considérer comme fausse la condition de cessation totale de l'indivision, exigée pour faire produire à un acte l'effet déclaratif du partage. La cessation totale de l'indivision peut être obtenue par étapes, au moyen d'actes successifs, concourant au but final.

Ainsi, quand il y a lieu au partage par souches, on commence par former des *lots collectifs* que les cohéritiers de chaque branche se partagent ensuite entre eux. Il n'est pas douteux que chaque opération a pour effet de séparer les intérêts des divers ayants droit dans la mesure où elle intervient : après la formation des lots attribués à chaque branche, chacune d'elles ne doit plus rien aux autres et est affranchie des effets de tous les actes que les représentants de ces dernières ont pu accomplir pendant l'indivision.

De même, quand il y a licitation au profit de plusieurs, il se produit une première séparation qui est un acheminement vers le partage total : dans cette mesure, il est donc rationnel autant que nécessaire que l'effet déclaratif se produise.

2394. Ancien droit. — Il est absolument certain que notre ancien droit ne subordonnait pas l'effet déclaratif du partage à la cessation absolue de l'indivision. Nous en avons la preuve dans vingt passages ; nos anciens auteurs sont unanimes[2]. Comme le

[1] L'arrêt du 11 janvier 1909 est surtout remarquable parce que la Chambre civile a voulu rendre une décision de doctrine, nette et précise, dissipant les obscurités et les incertitudes qu'on avait pu relever dans les arrêts précédents.

[2] Pothier commence par formuler, presque dans les mêmes termes que la loi actuelle, le principe de l'effet déclaratif : « Au moyen... de l'effet rétroactif qu'on lui donne [au partage] au temps du décès du défunt..., chaque cohéritier est censé avoir seul succédé entièrement à toutes lesdites choses [comprises dans son lot]... et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers par le partage » (*Traité de la communauté*, édit. Bugnet, n° 140). C'est de là que l'art. 883 a été tiré. Puis l'auteur ajoute : « Ces principes ont lieu non seulement à l'égard du *premier partage* qui se fait entre des cohéritiers ; ils ont lieu pareillement à l'égard des *subdivisions*. Lorsque, par le premier partage, quelques effets de la succession sont demeurés indivis entre tous, ou *seulement entre quel*

remarque M. Wahl, cette constatation devrait être décisive puisqu'il s'agit d'un texte traditionnel (*Successions*, t. III, n° 3313). Aussi a-t-on peine à comprendre que la jurisprudence ne s'y soit pas conformée. Comp. la note au *Dalloz*, sous l'arrêt du 11 janv. 1909 précité.

2° Concours de tous les intéressés.

***2395. Nature de cette condition.** — Une autre condition ressort de beaucoup d'arrêts : il faut que l'acte qui a commencé la séparation des parts en diminuant le nombre des co-indivisaires soit l'œuvre de tous les intéressés ; s'il est intervenu seulement entre quelques-uns d'entre eux, il se produit avec ses caractères propres et n'est pas assimilé au partage.

2396. Application à la licitation et à la cession de droits successifs. — Cette condition se trouve remplie dans la *licitation* : quand le bien est mis en vente, il est offert par tous les indivisaires à celui ou à ceux qui voudront l'acheter. On comprend donc que l'adjudication, même prononcée au profit de deux ou de plusieurs, soit déclarative dans les rapports des adjudicataires avec leurs anciens co-indivisaires.

Au contraire, elle fait souvent défaut dans la *cession de droits successifs* : ordinairement l'un des héritiers cède sa part à un seul des autres qui la lui achète. On comprend donc que cet acte soit sans effet à l'égard des autres qui n'y ont point été parties et qu'il se réduise à une cession de part qui permet au cessionnaire de réclamer deux lots au lieu d'un dans le partage futur. L'acte est translatif et l'acquéreur reste l'ayant cause de son cédant. Voyez spécialement la note du *Sirey*, sous Bourges, 28 nov. 1898, S 1901. 2. 249. Comp. Cass., 26 juin 1895, D. 96. 1. 548, S. 96. 1. 481. — Cette observation permet de concilier entre eux les arrêts rendus en sens opposés relativement à des cessions de droits successifs.

F. — A quels biens s'applique l'art. 883.

1° Biens corporels.

****2397. Domaine naturel de l'article.** — Comme les biens corporels sont dans l'indivision, et que c'est cet état, à eux propre, qui rend le partage nécessaire, c'est naturellement à eux que s'applique l'effet déclaratif de cet acte ; il les régit tous, tant meubles qu'immeubles.

Toutefois il faut faire une réserve pour les meubles : si l'un des cohéritiers avait transmis à un tiers un objet mobilier pendant l'indivision, l'acquéreur resterait couvert par la maxime « En fait de meubles possession vaut titre », même si cet objet n'était pas attribué à celui des cohéritiers duquel il le tient.

2° Biens incorporels.

***2398. Position de la question.** — Le principe d'après lequel le

ques-uns des cohéritiers, il reste à faire entre eux une subdivision de ces choses demeurées en commun... Cette subdivision a, de même que le premier partage, un effet rétroactif au temps du défunt, de manière que chacun d'eux est censé avoir seul succédé au défunt à tous les effets contenus dans le lot qui lui est échu par la subdivision » (*ibid.*, n° 141). On remarquera que Pothier suppose admis, comme une chose évidente, que le premier partage a produit un effet rétroactif bien qu'il n'ait pas fait cesser complètement l'indivision, et il s'attache seulement à démontrer que la subdivision est, elle aussi, rétroactive. — Voyez encore Pothier. *Traité des fiefs*, n° 457 ; Guyot, *Traité des licitations*, chap. III, sect. 3, § 4. n° 4 ; Pocquet de Livonière, *Coutume d'Anjou*, art. 282, obs. 1 ; Fortin, *Coutume de Paris*, sur l'art. 80 ; Fonmaur, *Traité des lods et ventes*, I, n° 303.

partage produit un effet déclaratif est formulé par la loi dans les termes les plus absolus : il semblerait donc s'appliquer à tous les biens qui y ont été compris, corporels ou incorporels. D'autre part, l'art. 832 veut qu'on donne à chacun une part égale de *créances* : il permet donc de faire figurer dans le partage cette sorte de biens. Or l'art. 1220 établit la *division de plein droit* des créances actives de la succession, de sorte que ces biens ne sont pas dans l'indivision ; il n'y a pas lieu de les *partager*, et on ne comprend plus dès lors que les créances puissent faire l'objet dans le partage d'attributions rétroactives.

2399. Opinions intransigeantes. — Il suffira de mentionner pour mémoire un système aujourd'hui entièrement abandonné, qui appliquait *même rétroactivement* aux créances l'effet déclaratif du partage quand elles y avaient été comprises. Ce système avait l'inconvénient pratique de remettre en question les paiements et compensations régulièrement intervenus entre les héritiers et leurs débiteurs avant le partage.

En sens inverse, un autre système, qui a longtemps été enseigné à la Faculté de Paris, notamment par M. Beudant, faisait entièrement prévaloir l'art. 1220 sur l'art. 883. A l'égard des créances *le partage est sans effet*, puisqu'elles sont toutes divisées d'avance par la loi. Si on les fait figurer dans le partage, ce n'est qu'un expédient pour remédier aux difficultés du partage en nature, en égalisant les lots à l'aide de biens divisibles à volonté. Mais cette opération, ajoutée au partage, n'en fait pas partie et elle ne peut produire effet qu'*à titre de cession de créance*. Par suite, l'emploi des formes de la cession (art. 1690) devient nécessaire et les paiements ou compensations régulièrement accomplis avant la signification du transport ou son acceptation par le débiteur sont opposables au cessionnaire. En ce sens Huc, t. V, n° 448, et aussi, mais avec une nuance, Demante, t. III, n° 225 *bis*-vii.

***2400. Système transactionnel de la jurisprudence.** — Une combinaison entre les deux articles en conflit a été proposée en doctrine par MM. Aubry et Rau (t. VI, § 635, 661-662, texte et notes 6-7) et par M. Demolombe (t. XVII, n°s 290-294), et c'est cette solution qui a été acceptée par la jurisprudence. Elle consiste à faire *à chacun des deux articles sa part d'application :*

L'art. 1220 régit la *période comprise entre le décès et le partage* ; l'art. 883 s'applique *à compter du partage*, sans effet rétroactif.

Toutefois la jurisprudence n'observe pas cette distinction d'une façon absolue. Elle admet bien que certains actes faits pendant l'indivision sur la part de l'un d'eux restent opposables à l'héritier qui reçoit une créance dans son lot, bien que ces actes émanent d'un autre copartageant. Exemples : Le débiteur d'une succession peut opposer la *compensation* pour la part de créance appartenant à l'un des héritiers, qui était en même temps son débiteur (Cass., 23 févr. 1864, D. 64. 1. 477, S. 64. 1. 398 ; Cass., 4 déc. 1866, D. 66. 1. 470, S. 67. 1. 5) ; une *saisie-arrêt* peut être pratiquée par le créancier de l'un des héritiers entre les mains d'un débiteur de la succession (Cass., 23 mars 1881, D. 81. 417, S. 82. 1. 217) ; le *paiement* fait à l'un des héritiers jusqu'à concurence de sa part est libératoire (Paris, 20

mai 1892, D. 92.2. 357). Mais l'accord entre les tribunaux cesse lorsqu'il s'agit d'un *acte de disposition* fait par l'un des héritiers pendant l'indivision sur sa part d'une créance : un arrêt a considéré cette cession comme opposable à celui des héritiers dans le lot duquel la créance entière est mise par le partage (Toulouse, 7 mars 1904, D. 1904. 2. 333) ; au contraire, la Chambre des Requêtes a décidé que le tiers auquel a été cédé une créance faisant partie de la masse à partager ne peut en conserver la propriété que si le partage attribue cette créance à son cédant (Cass., 13 janv. 1909, D. 1911. 1. 435). Cette dernière décision fait produire au partage un effet rétroactif sur les créances, relativement aux actes de disposition, et se trouve ainsi en contradiction avec les autres arrêts ci-dessus indiqués qui maintiennent définitivement des causes d'extinction partielle survenues pendant l'indivision.

Quand la succession est partagée, les arrêts admettent sans difficulté que l'héritier attributaire d'une créance en devient *propriétaire par l'effet du partage* (Toulouse, 30 juill. 1888, D. 89. 2. 25, S. 89. 2. 99 ; Cass., 30 mai 1877, D. 78. 1. 109, S. 78. 1. 102). On en conclut qu'il n'y a pas lieu de remplir les formalités de l'art. 1690.

3° Prix d'adjudication d'un immeuble indivis.

2401-1°. Position de la question. — Il arrive fréquement que les cohéritiers mettent en vente un immeuble indivis qui, le jour de la licitation, est adjugé à un tiers. Cette adjudication constitue une vente faite pour le compte de la masse successorale, et la créance du prix est comprise dans l'actif à partager, comme l'aurait été l'immeuble qu'elle remplace. Par suite des opérations du partage, le prix d'adjudication dû par le tiers acquéreur est souvent attribué à un seul des copartageants, qui en devient créancier unique. Quel est l'effet de cette attribution ? Peut-on considérer cet attributaire du prix comme ayant été seul propriétaire de l'immeuble au temps de l'indivision, et par conséquent seul vendeur ? Ou bien l'acquéreur doit-il être réputé avoir pour vendeurs tous les propriétaires primitifs de l'immeuble ?

Il y a un grand intérêt à le savoir, car le sort des hypothèques en dépend : si une hypothèque est née du chef de l'un des coindivisaires, elle subsistera ou disparaîtra selon que le prix sera attribué à cet héritier ou à un autre. Et cet intérêt augmente et devient pressant, si on suppose que le prix d'adjudication a été attribué à un des cohéritiers, ou à quelques-uns d'entre eux, pour les remplir d'un *rapport en moins prenant* qui leur était dû par celui du chef duquel est née l'hypothèque. Le conflit s'élève alors entre les cohéritiers qui veulent exercer un *prélèvement* sur le prix d'ajudication, à cause du rapport qui leur est dû, et le créancier hypothécaire de l'autre

héritier qui veut exercer sur ce même prix son *droit de préférence*. Qui doit l'emporter ?

2401-2°. Examen théorique de la difficulté. — Le prix d'adjudication n'est pas une valeur héréditaire proprement dite ; il n'a jamais été dû au défunt ; néanmoins, comme il remplace un immeuble, on doit le considérer comme compris dans la masse. Aussi la difficulté n'est-elle pas là ; elle tient, d'une part, à ce que cette somme d'argent, étant une *créance*, se divise de plein droit entre les cohéritiers vendeurs, par l'application de l'art. 1220 ; et d'autre part, à ce que les cohéritiers ne peuvent plus se partager un immeuble qu'ils n'ont plus, l'attribution des lots étant postérieure à la licitation. Il ne faut pas non plus oublier qu'à l'égard du tiers qui s'est porté adjudicataire, l'opération est nécessairement une vente, et que le paiement du prix est garanti par le privilège du vendeur (ci-dessus, n° 2384).

A mon sens, la solution de la question ne doit pas être cherchée dans l'application de l'art. 883 aux créances. La vérité, qui se dégage plus clairement après les longues luttes auxquelles cette situation a donné lieu, c'est que, lorsqu'un bien individis, faisant partie d'une masse plus considérable, vient à être vendu *isolément*, on ne peut pas savoir provisoirement *qui est vendeur*, parce que l'état de la propriété est incertain au moment de la vente et dépend encore du résultat du partage. Par conséquent, et quoique cela puisse paraître extraordinaire, les cohéritiers conservent le droit d'attribuer encore rétroactivement la propriété à l'un d'eux à l'exclusion des autres. Si l'effet rétroactif se produit, quant à l'attribution du prix, c'est qu'en réalité il porte *sur la propriété elle-même*, et non sur la créance. De là dérivent plusieurs effets importants, et notamment sera seul *garant* celui qui aura seul touché le prix. On ne peut donc établir aucune comparaison entre ce prix d'adjudication, qui représente un droit antérieur de propriété indivise, et les créances appartenant au défunt, qui n'ont pas la même origine et qui arrivent toutes fractionnées aux héritiers.

2401-3°. Variations de la jurisprudence. — La jurisprudence de la Cour de cassation a changé deux fois pour revenir en troisième lieu à sa première solution.

Première phase. — Jusqu'en 1887, la Cour de cassation admettait que l'hypothèque concédée au créancier d'un cohéritier non attributaire du prix disparaissait par l'effet déclaratif du partage, et que les autres cohéritiers pouvaient prélever ce prix, comme mode de règlement d'un rapport en moins prenant (Cass., 18 juin 1834, D. 34. 1. 276, S. 34. 1. 733 ; Cas., 22 févr. 1881, D. 81. 1. 409, S. 84. 1. 117). Celui-là seul était réputé vendeur dans le lot duquel était placé la créance du prix ; et les hypothèques constituées par les autres indivisaires sur le bien licité émanaient de non-propriétaires (Toulouse, 30 juill. 1888, D. 89. 2. 25, S. 89. 2. 99 ; Orléans, 25 juill. 1890, D. 91. 2. 238, S. 91. 2. 167).

Deuxième phase (1887-1907). — La cour décida que l'effet déclaratif ne peut se produire que sur les biens que les coindivisaires possèdent en commun au moment où ils procèdent au partage, et qu'il est inapplicable à ceux qui ont été antérieurement cédés à des tiers. L'attribution ultérieure de la créance du prix à un seul d'entre eux est sans

effet sur la situation de l'acquéreur, qui reste l'ayant cause de tous les copropriétaires et tenu des hypothèques constituées par chacun d'eux (Cass., 14 déc. 1887, D. 1. 385, S. 89. 1. 193, note de M. Labbé ; Cass., 17 févr. 1892, D. 92. 1. 191, S. 94. 1. 417, note de M. Wahl ; Cass., 7 juin 1899, D. 99. 1. 376, S. 99. 1. 457 ; Cass., 21 juin 1904, D. 1905. 1. 42, S. 1905. 1. 273)[1].

Cette jurisprudence qui permettait au créancier hypothécaire de l'un des héritiers de primer le cohéritier créancier d'un rapport, a été vivement combattue (Charmont, *Revue critique*, 1890, p. 41 ; Giraud, *Revue trimestrielle*, 1905, p. 515 ; Pilon, *ibid.*, p. 669 ; *Note* de la Chambre des avoués de la Seine, dans *Le Droit*, du 30 août 1907). Comp. Wahl, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 801 ; A. Colin, D. 1906. 1. 41.

Troisième phase. — La résistance de plusieurs cours d'appel qui persistèrent à se prononcer en faveur du cohéritier contre le créancier hypothécaire (Besançon, 15 nov. 1901 ; Bourges, 28 mai 1902 ; Dijon, 2 déc. 1903 ; Lyon, 29 mars 1906 ; Paris, 21 juin 1905 ; Dijon, 27 déc. 1905) amena la Cour de cassation à rendre un arrêt des Chambres réunies le 5 décembre 1907 (D. 1908. 1. 113, note de M. A. Colin. S. 1908. 1. 5). Cet arrêt est un retour à la jurisprudence suivie avant 1887 : dans les rapports des cohéritiers entre eux, la licitation de l'immeuble héréditaire est une opération préliminaire du partage, et la vente est faite pour le compte de la masse successorale ; par suite, le droit de chaque cohéritier sur le prix d'adjudication n'est pas fixé définitivement pour lui dès l'ouverture de la succession ; il dépend de l'attribution de ce prix qui sera faite par le partage, et qui peut servir à régler un rapport en moins prenant dû par l'un des héritiers ; les créanciers personnels de l'héritier débiteur du rapport, n'ayant pas plus de droits que lui, ne peuvent, à l'encontre des partageants par qui le prélèvement est exercé, élever la prétention de concourir avec eux comme créanciers chirographaires, ou de les primer, s'ils ont fait inscrire une hypothèque consentie pendant l'indivision. Mais l'arrêt justifie mal cette solution en disant que la créance du prix d'adjudication est un *effet de la succession* auquel l'art. 883 s'applique ; on a vu (ci dessus, n° 2400) que cet article régit les créances sans rétroactivité.

C. — Conséquences pratiques de la rétroactivité du partage.

1° Droit civil.

***2402. Résolution des hypothèques.** — La première conséquence à signaler est la disparition des hypothèques établies pendant l'indivision par les héritiers qui ne reçoivent pas l'immeuble hypothéqué dans leur lot[2]. C'est par elle qu'il faut commencer parce que c'est la suppression de ces hypothèques qui a été au xvie siècle (en 1569) la première décision donnée dans le sens de la théorie nouvelle (ci-dessus, n° 2373). Il ne faut pas dire que la maxime du partage déclaratif a été introduite pour obtenir ce résultat ; cette maxime n'est qu'une formule, construite après coup, pour expliquer et pour désigner un ensemble de solutions positives déjà acquises.

Ce qui est dit ici s'applique à toutes les hypothèques conventionnelles, légales et judiciaires : toutes celles qui proviennent d'un héritier déterminé ne peuvent frapper que les immeubles mis dans son lot. Comp. art. 2125.

[1] On cherchait à échapper à cette conséquence, en renversant l'ordre chronologique des opérations, en faisant le partage et l'attribution du prix *avant* la licitation de l'immeuble (Cass., 17 juin 1900, D. 1906, 1. 41, S. 1900. 1. 361).

[2] Voyez cependant Alger, 28 déc. 1896, D. 98. 2. 81, qui maintient ces hypothèques dans une certaine mesure.

2403. Dérogations au principe. — Ces dérogations sont au nombre de deux ; l'une appartient au droit civil, l'autre au droit commercial.

Hypothèque consentie par tous les indivisaires. — La disparition des hypothèques établies au cours de l'indivision par un ou quelques-uns seulement des copropriétaires, bienfaisante en principe, pouvait, dans certains cas, devenir gênante, et on avait cherché, dans la pratique, des moyens de maintenir une hypothèque, malgré l'attribution de l'immeuble indivis à un autre héritier que le constituant. Un premier moyen consistait à céder au créancier hypothécaire, la part éventuelle du prix de licitation pouvant revenir au constituant, en sorte que le créancier, s'il ne conservait pas son hypothèque, obtenait au moins la valeur en argent de la part indivise appartenant à son débiteur [1]. Un autre moyen paraissait plus sûr encore ; on faisait consentir la constitution de l'hypothèque par tous les copropriétaires, avec stipulation de solidarité (Limoges, 22 nov. 1862, D. 63. 2. 15). Mais, en 1909, la Cour de cassation, appliquant les principes avec une rigueur extrême, décida que cette constitution solidaire de l'hypothèque ne suffisait pas pour empêcher les cohéritiers de faire valoir leur privilège de copartageant à l'encontre du créancier hypothécaire (Cass., 12 janv. 1909, D. 1910. 1. 33, et note de M. De Loynes, S. 1909. 1. 361, et la note de M. Wahl). Cet arrêt jeta une telle perturbation dans les affaires que les notaires demandèrent une réforme, qui fut faite par une loi du 31 décembre 1910, ajoutant un alinéa à l'art. 2125. D'après ce texte, quel que soit le résultat du partage ou de la licitation, l'hypothèque établie pendant l'indivision conserve toute sa vigueur lorsqu'elle a été *consentie par tous les copropriétaires de l'immeuble indivis*. Comp. M. Palmade, *Revue critique*, juillet 1911.

Régime spécial de l'hypothèque maritime. — La loi du 10 décembre 1874, art. 18, suivie en cela par la loi du 10 juillet 1885, art. 17, déroge au principe de l'art. 883 en décidant que les hypothèques consenties pendant l'indivision sur une portion du navire, continuent à subsister après le partage et la licitation. L'existence de plusieurs copropriétaires est extrêmement fréquente pour les navires et l'application du droit commun aurait été la ruine du crédit maritime, car les hypothèques auraient été destinées à disparaître presque toujours.

** **2404. Aliénations et créations de droits réels.** — Les aliénations et les constitutions de droits réels suivent la même règle que les hypothèques : leur sort dépend de l'issue du partage ; elles sont maintenues si l'immeuble est attribué à leur auteur et anéanties s'il est mis au lot d'un autre.

Par là s'explique l'art. 2205 qui défend de saisir un immeuble indivis : le propriétaire lui-même ne pouvant pas faire de vente définitive avant le partage, ses créanciers ne le peuvent pas plus que lui.

[1] Orléans, 1er mars 1873, S. 73. 2. 300 ; Cass., 26 mai 1886, D. 86. 1. 281, P. 86. 1. 155, S. 86. 1. 256 ; Cass., 6 févr. 1901, D. 1904. 1. 180, P. 1903. 1. 49 et la note de M. Charmont. Comp. Charmont, *Revue critique*, 1904, t. XXXIII, p. 459 ; Huc, *Cession des créances*, t. I, n° 175.

***2405. Dispense de transcription.** — C'est parce que les partages sont purement déclaratifs que la loi du 23 mars 1855 ne les a pas soumis à la transcription. On doit peut-être regretter cette conséquence extrême d'un système bienfaisant dans son principe : s'il n'y a pas *aliénation*, il y a du moins *attribution*, et la dispense accordée au partage crée une lacune fâcheuse dans le régime de publicité organisé pour la propriété foncière [1].

2406. Absence d'action en résolution. — Un partage ne peut pas être résolu pour défaut de paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation. Les cohéritiers ne sont pas les ayants cause les uns des autres ; ils tiennent leurs droits du défunt ; l'action en résolution, qui se comprend en matière de vente, manque donc de base en matière de partage. De plus, l'existence de cette action pourrait donner lieu à des fraudes : deux copartageants, mécontents du partage, s'entendraient l'un pour ne pas payer la soulte, l'autre pour demander la résolution. Ces raisons ne sont pas très fortes. D'ailleurs, les cohéritiers peuvent se réserver, par une convention expresse, le droit de demander la résolution qui ne leur appartient pas d'après le droit commun. Comp. ci-dessus, n° 2385-1°.

2° Droit fiscal.

2407. Perception du droit de mutation. — Le fisc moderne se montre, ici comme sur beaucoup de points, beaucoup plus âpre et moins libéral que l'ancien régime. Son système se compose de deux parties :

1° Partages en nature. — Le partage pur et simple est traité comme purement déclaratif, et à ce titre, il est *exempt du droit de mutation* qui frappe toutes les transmissions de biens. La loi du 22 frimaire an VII l'avait soumis à un simple *droit fixe* de 3 francs (art. 68, § 3, 1°) porté à 5 francs en 1816. En 1872, on avait établi un *droit gradué*, qui a été remplacé en 1893 par un *droit proportionnel*, dont le tarif est relativement faible (voyez t. II, n° 124).

2° Partages avec soultes et licitations. — A leur égard, les droits actuels sont perçus avec plus de rigueur que les anciens profits féodaux : l'héritier est traité comme acheteur pour tout ce qui excède sa part primitive ; il paie le droit proportionnel de mutation sur tout ce qu'on appelle les *parts acquises* (comp. ci-dessus, n° 2376). Le principe, d'après lequel le partage est déclaratif, et non translatif, reçoit donc une application bien moins large en droit fiscal qu'en droit civil.

De nombreuses difficultés, dans l'examen desquelles nous ne pouvons entrer ici, s'élèvent dans la pratique pour la détermination des *parts acquises*. En voici la cause : quand la succession comprend plusieurs biens, il arrive souvent qu'un seul est licité. Régulièrement, l'héritier adjudicataire ne doit payer que sur ce qui excède sa part totale dans l'ensemble de la succession. Cet excédent sera facile à établir, si le partage a eu lieu en même temps que la licitation : les deux actes seront présentés ensemble à l'enregistrement et traités comme formant un seul tout. Mais le jugement d'adjudication doit être enregistré dans les 20 jours, et presque jamais le partage n'est alors terminé. En ce cas, l'administration perçoit le droit sur tout ce qui excède la part de l'héritier dans le bien licité, alors même que ce bien entier ne dépasserait pas la valeur de son lot. C'est un procédé abusif contre lequel la doctrine continue vainement à protester (Dalloz, *Suppl.*, v° Enregistrement, n° 1334), mais qui a été autorisé par la Cour de cassation (6 nov. 1851, D. 51. 1. 314, S. 51. 1. 778 ; 5 mars 1855, D. 55. 1. 95, S. 55. 1. 376). La pratique a in-

[1] En Belgique, le partage doit être transcrit : la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 soumet à la transcription les *actes déclaratifs* aussi bien que les actes translatifs. Voyez Beltjens, *Encyclopédie*, Code civil, t. V, p. 313, n°s 57 à 63. — Voyez aussi pour le cas où le partage contient exceptionnellement une convention accessoire sujette à transcription, Grenoble, 4 avril 1911, P. et S. 1911. 2. 208.

venté pour s'y soustraire un procédé ingénieux, connu sous le nom de *clause d'attribution* [1].

2408. Perception du droit de transcription. — Le partage étant un acte purement déclaratif, ne devrait jamais donner lieu au droit proportionnel de transcription, qui est de 1 fr. 50 pour 100, puisque ce droit n'est exigible que sur les mutations de propriétés ; mais le fisc a de tout temps fait effort pour en obtenir le paiement le plus souvent possible. Deux moyens surtout lui ont servi.

Condition de la cessation totale de l'indivision. — Tant que la jurisprudence a exigé rigoureusement cette condition au point de vue civil (ci-dessus, n° 2392), le droit fiscal en a naturellement profité pour faire payer le droit de transcription sur des actes de partage ou de licitation qui n'étaient pas considérés comme déclaratifs (Cass., 21 juin et 12 juill. 1848, D.-48. 1. 156, S. 48. 1. 662 ; Cass., 22 et 23 nov. 1853, D. 53. 1. 344). Cette jurisprudence a duré longtemps ; mais la Cour de cassation ayant admis que l'adjudication prononcée au profit de plusieurs pouvait produire néanmoins l'effet déclaratif (ci-dessus, n° 2392), il a fallu modifier en conséquence la jurisprudence en matière fiscale et décider que le droit proportionnel de transcription n'est pas dû sur la licitation d'un immeuble héréditaire adjugé à plusieurs des cohéritiers, lorsque l'acte de partage est présenté en même temps qu'elle à l'enregistrement et attribue à chaque héritier sa part définitive (Cass., 12 mars 1900, D. 1901. 1. 521, S. 1900. 1. 369, note de M. Wahl). L'administration de l'enregistrement a accepté cette nouvelle règle de perception (Instruction du 6 juillet 1900, n° 3015, § 5, p. 52).

Condition du titre commun. — Sur ce point le droit fiscal possède une base beaucoup plus solide. Une fraude très facile à commettre consisterait à céder *à un étranger* une petite part d'un immeuble ; puis cet acquéreur partiel, se trouvant ainsi dans l'indivision avec les propriétaires antérieurs (ou même avec son propriétaire unique), se porterait ensuite adjudicataire de l'immeuble entier qu'on vendrait par licitation, et bénéficierait ainsi d'un titre déclaratif dispensé du droit de transcription. On évite cette fraude en exigeant que les indivisaires qui procèdent entre eux à la licitation se soient trouvés dans l'indivision en vertu d'un *titre commun à eux tous*, comme la dévolution d'une succession à leur profit. Sinon, c'est-à-dire si l'adjudicataire a acquis par une autre voie la part qu'il possédait dans l'immeuble licité, le droit de transcription devient exigible. Ceci a été jugé d'abord à propos d'un affaire importante relative au domaine de Soisy (Cass., 21 janv. 1840, D. 40. 1. 113, S. 40. 1. 309 ; Ch. réun., 19 déc. 1845, D. 46. 1. 17, S. 46. 1. 113) et la solution s'est toujours maintenue depuis (Cass., 17 janv. 1881, D. 81. 1. 168, S. 81. 1. 229 ; Cass., 10 nov. 1891, D. 92. 1. 517, S. 92. 1. 103). Sur la fraude qui a rendu cette jurisprudence nécessaire et sur les auteurs anciens qui en ont parlé, voyez Demolombe, *Successions*, t. V, n° 290. Voyez aussi Wahl, *Traité des successions*, t. III, n° 3375. — Malheureusement, ici encore, l'esprit de fiscalité a trouvé l'occasion de s'employer abusivement. Cet acquéreur étranger, qui a d'abord acquis une simple part indivise, a déjà payé une première fois le droit de transcription sur son prix d'achat, et on le lui fait payer une seconde fois sur cette part en le calculant *sur le prix intégral* de l'adjudication faite à son profit, sous prétexte que le droit de transcription est *indivi-*

[1] Ce procédé consiste à insérer dans le cahier des charges une clause aux termes de laquelle, si les feux s'éteignent sur une enchère mise par l'un des copropriétaires vendeurs, le notaire doit s'abstenir de prononcer l'adjudication, sur la déclaration qui en est faite par l'avoué enchérisseur. L'adjudication n'a donc pas lieu ; et plus tard, dans le partage entre les cohéritiers, on attribue l'immeuble entier au cohéritier qui a mis la dernière enchère. On n'a pas ainsi à payer le droit de mutation, mais seulement le droit proportionnel de partage, qui est minime (0 fr. 15 pour 100), auquel il faut toutefois ajouter la taxe des frais de justice (0,25 pour 100) (Trib. Nantes, 28 févr. 1901, S. 1904. 2. 150). Aucune surenchère n'est possible, puisqu'il n'y a pas d'adjudication (Trib. de Rennes, 10 mars 1908, *Gazette du Palais*, 1908. 1. 522). Sur cette clause d'attribution, voyez Pilon, *Revue trimestrielle*, 1906, p. 422 ; Palmade, *Revue critique*, 1912, p. 273 et suiv.

sible [1] (voyez les arrêts précités, et les *Solutions* administratives de 1880 et 1883, D. 81. 5. 369, D. 84. 3. 78 ; Cass., 19 juin 1895, D. 95. 1. 502). Ce n'est pas une raison pour le percevoir deux fois.

II. — Personnes à l'égard desquelles se produit l'effet déclaratif.

2409. Opinion restrictive. — On enseigne souvent que le partage déclaratif est une fiction qui ne doit pas être étendue au delà des rapports des copartageants entre eux, et que ses effets, au lieu d'être *absolus*, sont *relatifs*. Cette fiction, dit-on, n'a eu d'autre but que d'éviter des actions récursoires entre cohéritiers, à raison des hypothèques qui grèveraient mutuellement leurs lots ; il ne faut pas l'étendre à d'autres personnes qu'eux (Aubry et Rau, t. VI, § 625, note 29).

Voici la conséquence la plus intéressante qu'on a tirée de cette idée. Sous la communauté légale, les meubles échus à l'un des époux par succession deviennent communs ; les immeubles lui restent propres. Quand la succession est composée de biens des deux sortes, faut-il calculer ce que la communauté gagne d'après la consistance primitive de la succession ou attendre l'achèvement du partage ? Le résultat peut être très différent. Ainsi en supposant qu'il y ait autant de meubles que d'immeubles, la communauté peut finalement recevoir un lot composé entièrement de meubles, ou ne rien recevoir du tout, si le lot entier de l'époux est composé d'immeubles. Si l'on écarte l'art. 883, la communauté n'aura ni à souffrir ni à gagner par le partage, parce que le droit de l'époux était mobilier pour moitié pendant l'indivision : la part de la communauté restera fixe. Si on applique cet article, le droit de la communauté sera déterminé par le partage.

2410. Solution pratique. — En pratique on applique purement et simplement l'art. 883. C'est ce qu'a décidé en 1811 la Cour de Rennes, et c'est la vérité ; la loi est absolue. D'ailleurs l'art. 883 régit les ayants cause des cohéritiers comme les cohéritiers eux-mêmes et la communauté est ici un ayant cause de l'époux qui a recueilli la succession. En ce sens, Demolombe, t. XVII, nos 317 [2].

§ 5. — *De la garantie en matière de partage.*

***2411. Sa cause.** — Les cohéritiers sont garants les uns envers les autres des troubles et évictions que chacun d'eux peut subir. Si l'un d'eux est évincé ou troublé, il a une action en garantie contre les autres (art. 884).

Cette obligation de garantie s'expliquait très simplement en droit romain, alors que le partage était translatif ; la garantie en résultait comme de toute transmission à titre onéreux. En droit français on peut encore l'expliquer, autrement que par un simple phénomène de survivance : les copartageants traitent entre eux dans l'intention de s'accorder mutuellement leurs parts exactes ; si l'un d'eux subit l'éviction d'un bien mis dans son lot, ce fait prouve qu'il n'a pas reçu réellement sa part et que l'égalité n'existait qu'en

[1] Les lois du 21 ventôse an VII, art. 25, et du 22 frimaire an VII, art. 15, disent en effet que le droit de transcription est *perçu sur le prix intégral*, mais ces textes disent aussi qu'il s'agit d'*actes emportant mutation de propriété*. Or celui qui est déjà propriétaire d'une part n'acquiert pas cette part ; et s'il n'y a pas de mutation en ce qui la concerne, la perception du droit manque de base.

[2] C'est par erreur que dans certaines thèses (Renon, Paris, 1907, p. 36) on a appliqué ce passage à une question toute différente, en me prêtant ainsi une opinion qui n'a jamais été la mienne. Comp. ci dessus, n° 2401.

apparence ; il faut qu'il soit indemnisé afin de n'être pas seul à supporter la perte. Telle était déjà l'explication que donnait POTHIER : « L'égalité, qui doit régner dans les partages, serait blessée » (*Successions,* chap. IV, art. 5, § 3).

2412. Éviction et trouble. — L'héritier a droit à garantie quand on a mis dans son lot un objet qui n'appartenait pas au défunt et qui lui est enlevé par son propriétaire, auquel cas il y a *éviction*. Le *trouble* est assimilé à l'éviction, et il ouvre le recours, parce que ce trouble n'est autre chose que la revendication exercée par le tiers qui se prétend propriétaire ; il annonce une éviction prochaine, tout au moins à craindre.

Il n'y a pas lieu à l'action en garantie à raison des *vices* de la chose : on ne s'est pas trompé sur la question de propriété ; on a seulement estimé la chose à une valeur trop haute ; il y a *lésion* et non *éviction* : c'est l'action en rescision seule qui peut être donnée et non le recours en garantie Toutefois ce point est controversé.

2413. Condition du recours. — Il faut que l'éviction ou le trouble ait une *cause antérieure au partage*. Si la propriété appartenait à la masse le jour où elle a été partagée, les copartageants ne sont pas garants envers celui qui a été évincé. Serait une cause d'éviction postérieure au partage la prescription acquise ensuite à un tiers et non encore accomplie à cette époque : le partageant aurait dû l'interrompre lui même (art. 884, al. 1)

2414. Cas où la garantie n'est pas due. — Le recours en garantie cesse :

1° *Si une clause particulière expresse du partage a excepté l'espèce d'éviction soufferte*. Il ne suffirait pas que le copartageant évincé ait une connaissance du danger qui le menaçait (art. 884, al. 2). La loi ne veut pas non plus d'une clause générale de non garantie, qui serait vite devenue de style.

2° *Si l'éviction est imputable à faute au cohéritier qui l'a subie* (*ibid.*). Par exemple, il a pu négliger d'appeler en cause ses cohéritiers alors que ceux-ci avaient un moyen d'éviter l'éviction, ou bien il s'est mal défendu et n'a pas opposé la prescription acquise. Comp. art. 1640.

2415. Son objet. — L'indemnité est payée en argent. Comment calculer la somme due ? Il a été jugé qu'il fallait estimer la valeur qu'avait le bien évincé au moment du partage, parce que l'action en garantie a pour but de rétablir l'égalité qui aurait dû exister entre les lots (Bordeaux, 12 juill. 1892, D. 94. 2. 51, S. 93. 2. 100). Cette solution est contestable. L'art. 885 dit que les héritiers sont obligés d'indemniser celui qui a été évincé « de la perte que lui a causée l'éviction ». Or cette perte est la valeur du bien au jour de l'éviction.

2416. Division du recours. — Ce recours se divise entre les héritiers en proportion de leurs parts dans la succession (art. 885). L'héritier évincé en supporte lui même sa part. Si l'un deux est *insolvable*, la portion dont il était tenu se répartit également entre tous les autres (*ibid.*).

Cette action est garantie par le *privilège des copartageants* (art. 2103-3°).

2417. Prescription. — En principe le recours dure *trente ans* (art. 2262). Toutefois l'art. 886 le réduit à *cinq ans* dans un cas particulier, qui est aujourd'hui d'une réalisation fort rare, car il s'agit d'une *rente perpétuelle*. La loi prévoit le cas où un tiers devait une rente de ce genre au défunt ; elle est mise dans le lot de l'un des héritiers. La loi décide d'abord que les copartageants ne sont pas garants de l'insolvabilité *future* du débiteur de la rente. C'est le droit commun. Quant à l'insolvabilité *actuelle*, les cohéritiers en répondent, mais seulement pendant cinq ans. Cette disposition avait pour but de supprimer une solution ancienne qui faisait courir la prescription seulement du jour où le service des arrérages avait cessé. Mais combien y a-t-il aujourd'hui en France de gens qui doivent des rentes perpétuelles ? Peut-être pas un seul.

Ce texte, étant exceptionnel, ne peut s'appliquer à d'autres créances qu'aux rentes, et pour les rentes mêmes, il ne concerne que le cas d'insolvabilité, et non le cas d'inexistence de la créance.

§ 6. — *Annulation et rescision du partage.*

2418. Division. — Un partage peut être attaqué par trois espèces d'actions : 1° une action en nullité ; 2° une action en rescision ; 3° une action Paulienne.

Les deux premières appartiennent aux copartageants ; la dernière à leurs créanciers.

A. — Actions en nullité.

2419. Causes de nullité. — Les causes de nullité sont : 1° l'*incapacité* de l'un des copartageants ; 2° le *défaut de formes*, quand le partage aurait dû être fait en justice ; 3° la *violence* ; 4° le *dol* (art. 887).

La loi ne parle pas de l'*erreur*, qui est un vice du consentement entraînant nullité d'après le droit commun, mais il n'y a là aucune lacune. En effet, si l'on s'est trompé sur la valeur des biens, il en sera résulté une *lésion* pour l'un ou quelques-uns des cohéritiers et le partage pourra être attaqué par l'action en rescision dans les conditions indiquées par la loi. Dans tous les autres cas l'erreur sera réparée sans qu'il y ait lieu à l'annulation du partage. Si on a oublié de comprendre certains biens dans le partage, on fera un partage supplémentaire. Si au contraire on y a compris des biens appartenant à un tiers, celui qui les a reçus agira par l'action en garantie. Si on a admis au partage quelqu'un qui n'y avait aucun droit, les biens qui lui ont été attribués doivent être considérés comme restés dans l'indivision. Si on a mal déterminé la quote-part revenant à chacun dans l'ensemble, ou s'il y a eu quelque autre erreur de calcul, elle devra être rectifiée. On applique par analogie l'art. 2058, d'après lequel l'erreur de calcul commise dans une transaction doit être réparée, bien que la transaction ne soit pas attaquable pour cause de lésion (art. 2052).

2420. Confirmation. — L'action en nullité suit le droit commun et s'éteint par *dix ans* (art. 1304). Sa seule particularité résulte de l'art. 892, qui établit une cause d'extinction spéciale au dol et à la violence : l'héritier qui aliène volontairement un objet compris dans son lot, après avoir découvert le dol dont il a été victime ou après que la violence a cessé, est censé renoncer à son action. Cette présomption légale ne souffre pas la preuve contraire (art. 1352), et ne peut pas être étendue à d'autres causes de nullité que le dol et la violence.

B. — Rescision pour lésion.

1° Généralités sur l'action.

***2421. Son caractère exceptionnel.** — On sait déjà (t. I, n° 284 ; t. II, n° 1586) que la lésion n'est pas une cause de rescision pour les actes faits par les majeurs, si ce n'est dans un petit nombre de cas (acceptation de succession, art. 783 ; vente d'immeuble, art. 1674 ; partage, art. 887).

2422. Ses motifs. — L'exception admise en matière de partage est traditionnelle. Chacun des copartageants ne cherche qu'à obtenir ce qui lui revient ; le partage n'est pas un *acte de spéculation*, dans lequel chacun puisse s'attendre à éprouver un mécompte ou à réaliser un gain. Ce n'est qu'un *règlement*, qui doit être aussi exact que possible, ce qui faisait dire à nos anciens que *l'égalité est l'âme des partages*.

*2423. **Chiffre de la lésion.** — Autrefois la lésion qui donnait ouverture à l'action n'était pas déterminée ; on exigeait seulement qu'elle fût « notable». Pothier précisait et voulait une lésion du quart au moins. C'est le chiffre adopté par le Code : il faut une *lésion de plus du quart* (art. 887). Il faut donc que l'un des cohéritiers ait reçu *moins des trois quarts de sa part.*

Il résulte de là qu'un partage peut contenir des inégalités assez grandes sans être rescindable. Ainsi si presque tous les héritiers ont reçu des lots trop faibles, sans qu'aucun d'eux soit lésé du quart, ces différences en moins accumulées au profit d'un seul ou de deux ou trois constitueront pour ceux-ci un avantage qui leur restera acquis.

2424. Appréciation de la lésion. — Pour juger s'il y a eu lésion, il faut se reporter au moment du partage et estimer la valeur que les objets avaient alors (art. 890). Il était à peu près inutile d'écrire cet article, car il n'y avait aucune raison de se placer à une autre époque.

2° Actes sujets à rescision.

2425. Interprétation donnée à la loi. — Aux termes de l'art. 888, « l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange, de transaction, ou de toute autre manière. »

Il y avait deux façons d'entendre cet article. On pouvait l'appliquer uniquement au *partage*, en supposant que la loi avait prévu le cas où les parties, pour éviter l'action en rescision, auraient donné à leur convention le nom d'un autre contrat. Ainsi entendu, l'art. 888 ne serait que l'application d'une règle générale d'après laquelle, pour déterminer les effets et la validité d'un acte, il faut en rechercher la nature véritable, et ne pas s'en tenir aux qualifications erronées ou fantaisistes que les parties lui ont données.

Mais ce n'est pas ainsi que l'art. 888 est interprété. On y a vu une disposition d'une portée plus large, décidant que les actes, *même autres que le partage*, seraient rescindables quand ils ont eu pour objet de mettre fin à l'indivision. Ainsi une vente véritable, une transaction sérieuse, donnera lieu à l'action en rescision, bien que différente du partage par sa nature. En d'autres termes, le cercle d'application de l'art. 888 est plus grand que celui de l'art. 883 : *la rescision pour lésion est possible même pour des actes qui ne sont pas assimilés au partage et n'en produisent pas l'effet déclaratif.* Comme le dit l'art. 888, al. 2, l'acte est rescindable, quand il « tient lieu de partage », bien qu'il n'en soit pas un.

C'est surtout pour la *cession de droits successifs* et pour la *transaction* que l'application de l'art. 888 a donné lieu à des difficultés. Voyez les numéros suivants.

2426. Cession de droits successifs sujette à rescision. — Cette cession peut être rescindée en principe, toutes les fois qu'elle a été faite pour un prix inférieur aux trois quarts de la valeur réelle de la part cédée. Celui qui vend ses droits veut avoir, sinon sa part en nature, du moins sa valeur en argent, d'où la possibilité d'une rescision (Cass., 20 juin 1908, P. et S. 1909. 1. 36).

Il n'est pas nécessaire pour cela que la cession de droits successifs ait mis fin à l'indivision et qu'elle soit intervenue entre tous les cohéritiers ; la rescision est possible même quand la cession est faite au profit d'un seul et que l'indivision continue entre le cessionnaire et les autres (Cass., 28 juin 1859, D. 59. 1. 299, S. 59. 1. 753 ; Alger, 4 avril 1877, D. 79. 2. 86).

2427. Cessions non rescindables. — La cession n'est plus sujette à rescision dans deux cas : l'un résulte de la loi, l'autre de la jurisprudence.

1° Cession aléatoire. — L'action n'est pas admise contre la vente faite *aux risques et périls du cessionnaire* (art. 889). L'opération prend alors un caractère aléatoire, ce qui exclut la possibilité d'une rescision, car la chance de gain ou de perte est inhérente à ce genre de contrats. La question de savoir si la vente a été faite aux risques et périls du cessionnaire est une question de fait (Cass., 11 janv. 1892, D. 93. 1. 65, S. 94. 1. 321), et elle donne lieu à des difficultés d'appréciation. Voyez par exemple Cass., 16 juill. 1856, D. 57. 1. 283 ; Cass., 30 janv. 1866, D. 66. 1. 172, S. 68. 1. 209 ; Limoges, 13 juill. 1908, P. et S. 1909. 2. 265.

Mais pour que la cession ne soit pas soumise à la rescision, il faut qu'elle ait été faite *sans fraude* (art. 889). Il y aurait fraude si les parties ou l'une d'elles étaient exactement renseignées sur les forces de la succession. Alors la vente perdrait son caractère aléatoire, et l'apparence qu'on lui aurait donnée aurait pour but d'éviter l'action en rescision. Il faut donc que la clause qui en met les chances aux risques du cessionnaire soit *sincère*.

2° Cession ayant un autre but que la cessation de l'indivision. — Tous les auteurs reconnaissent que la *donation* de droits successifs n'est pas rescindable pour lésion (Demante, t. III, n° 232 *bis*) ; ce qui est évident, puisqu'elle exclut l'idée d'une prestation quelconque en faveur du cédant. Exagérant cette idée, la Cour de cassation a refusé l'action en rescision contre une cession qui avait eu pour but, en même temps que la fin de l'indivision, la libération du cédant au moyen d'une dation en paiement ou d'une compensation (Cass., 6 avril 1886, D. 87. 1. 68, S. 87. 1. 149). Cette solution est fort contestable : qu'importe qu'il y ait eu un autre but à l'acte, si la cessation de l'indivision a été son premier objet ?

2428. Transactions. — Contrairement à l'art. 2052, qui exclut pour elle l'action en rescision, une transaction est rescindable pour cause de lésion lorsque c'est elle qui *tient lieu de partage* (art. 888, al. 1er). Par exemple, lorsque les cohéritiers, ne pouvant s'entendre sur la formation des lots ou leur attribution, terminent la difficulté par une transaction (Cass., 8 févr. 1869, Dalloz, *Suppl.*, t. XVII, p. 259, note 1, S. 69. 1. 361 ; Cass., 3 déc. 1878, D. 79. 1. 419).

Mais une transaction peut intervenir entre eux à *deux autres moments* et elle *cesse alors d'être rescindable pour lésion*, parce qu'elle ne tient plus lieu de partage. Telles sont les transactions portant :

1° Sur des difficultés antérieures au partage. — Par exemple on a transigé sur la quotité des droits héréditaires de l'un des ayants droit ou sur la validité d'une donation ou d'un legs à lui fait. Alors la donation ne remplace pas le partage ; quand elle est faite, il reste à faire ; elle l'a seulement *rendu possible*.

2° Sur des difficultés postérieures au partage. — (Art. 888, al. 2.) Ce texte suppose que le partage est déjà terminé et que des difficultés s'élèvent sur son exécution ou son interprétation. Cette transaction est *distincte du partage* ; et c'est pourquoi la loi n'admet pas qu'elle soit rescindée.

3° Rescision du partage.

2429. Effet de la rescision. — On rentre dans l'indivision, le partage étant mis à néant. Les *fruits* perçus sont restitués intégralement par les héritiers de mauvaise foi ; ceux qui ont été de bonne foi les restituent seulement du jour de la demande.

L'effet de la rescision se produit *même contre les tiers* : les hypothèques, les servitudes, les aliénations qui leur ont été consenties, disparaissent.

***2430. Moyen d'empêcher la rescision.** — Quand il y a rescision du partage, de graves conséquences se produisent ; tous les héritiers sont

exposés à des recours en garantie de la part des tiers auxquels ils ont déjà concédé des droits. Même sans cela ils peuvent avoir intérêt à conserver le lot qui leur a été attribué. La loi leur donne un moyen de maintenir le partage : ils n'ont qu'à *fournir au réclamant le supplément de sa portion héréditaire, soit en nature, soit en argent* (art. 891). Le choix appartient aux héritiers défendeurs ; les biens en nature qu'ils livrent, quand ils prennent ce parti, doivent être des biens héréditaires et on les estime d'après leur valeur au jour de l'arrangement, puisqu'ils tiennent lieu de la somme liquide qui serait due.

L'art. 891 doit être rapproché de l'art. 1681, qui établit un moyen semblable d'empêcher la rescision d'une vente pour lésion. Toutefois l'art. 891 exige la réparation complète de la lésion, tandis que l'art. 1681 permet à l'acheteur de ne payer que les neuf dixièmes du juste prix ; on lui laisse un dixième pour ne pas lui enlever tout le bénéfice de la spéculation qu'il a faite. Le partage, excluant toute idée de spéculation, comporte nécessairement une égalité parfaite

On admet que le supplément de part peut être fourni pendant tout le cours de l'instance et même après le jugement qui prononce la rescision du partage, tant que ce jugement n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée : l'instance pouvant être rouverte par l'exercice d'une voie de recours, il est encore temps, comme le dit le texte, « d'en arrêter le cours et d'empêcher un nouveau partage ».

4° Confirmation du partage.

2431. Ses formes. — L'action en rescision se prescrit par dix ans (art. 1304). Elle peut se perdre avant ce temps par une confirmation *expresse* ou *tacite* du partage, et cette dernière résultera, conformément au droit commun, de tout acte d'exécution du contrat.

2432. Controverse. — On s'est demandé si l'on devait considérer comme une confirmation tacite l'aliénation par l'un des héritiers d'un bien reçu par lui dans son lot. L'art. 892 enlève alors à l'héritier le droit d'attaquer le partage pour *dol* ou pour *violence* : il est en effet assez naturel de croire qu'il a entendu se considérer comme définitivement pourvu. Il serait donc très raisonnable d'étendre sa décision même au cas de partage rescindable pour *lésion*. Mais l'opinion la plus commune est en sens contraire : l'art. 892 est un texte exceptionnel et on refuse de l'étendre à un cas qu'il ne prévoit pas. En effet, d'après le droit commun, valent seuls confirmation tacite les actes qui sont l'exécution du contrat annulable (art. 1338), et l'aliénation d'un bien n'est pas l'exécution du partage.

C. — Action Paulienne.

***2433. Existence de règles exceptionnelles.** — En matière de partage, l'action Paulienne est soumise à des règles particulières annoncées dans l'art. 1167 et formulées dans l'art. 882. Ces règles sont nécessaires parce que les partages sont au nombre des actes les plus dangereux

pour les créanciers, et qu'en même temps il est désirable de les maintenir le plus possible à raison des suites fâcheuses qu'entraîne leur annulation. Tout le système de la loi à cet égard repose sur la *nécessité d'une opposition faite par les créanciers,* qui défendent aux héritiers de procéder au partage hors de leur présence (art. 882).

Voici quelques exemples des fraudes les plus fréquentes qui se commettent : 1° on évite d'attribuer à l'un des héritiers les biens sur lesquels il a déjà concédé des droits à des tiers, par exemple des hypothèques ; 2° on attribue à un héritier insolvable des biens insaisissables, comme les rentes sur l'État, ou faciles à cacher, comme les titres au porteur ; 3° on lui compose un lot de biens inférieurs à la valeur de sa part et on compense la différence par des remises secrètes de valeurs ou d'argent.

2434. Personnes régies par l'art. 882. — Le texte parle des *créanciers* ; mais il est également applicable aux *tiers acquéreurs de droits réels,* qui sont intéressés à ce que le partage ne soit pas fait en fraude de leurs droits. On les traite, à ce point de vue, comme des créanciers, à raison du recours qui leur serait ouvert, le cas échéant.

2435. Formes de l'opposition. — Régulièrement l'opposition devrait consister en une notification faite à tous les cohéritiers *par exploit d'huissier.* Mais la loi n'ayant déterminé aucune forme, la jurisprudence admet qu'elle peut être remplacée par un autre acte, tel que la *demande en partage* formée par le créancier (Orléans, 8 déc. 1881, D. 84. 2. 43, S. 83. 2. 113) ou la *saisie des immeubles héréditaires* (Pau, 3 févr. 1855, D. 56. 2. 12, S. 55. 2. 56). Elle peut même être adressée simplement au notaire chargé de la liquidation de la succession (Paris, 23 déc. 1897, D. 98. 2. 488. Comp. Cass., 28 mars 1892, D. 92. 1. 265.).

Cette opposition est recevable tant que le partage n'est pas consommé, c'est-à-dire tant que les lots n'ont pas été répartis ou tirés au sort (Cass., 5 févr. 1883, D. 84. 1. 110, S. 84, 1. 312).

1° Effet de l'opposition.

2436. Nécessité de convoquer le créancier. — Le créancier qui a fait opposition doit être appelé aux opérations du partage ; on dit qu'il devient *partie nécessaire.* Si les cohéritiers y procédaient sans le convoquer, le partage pourrait être attaqué par lui par cela seul qu'il lui porterait préjudice ; il n'est pas nécessaire que le créancier démontre la fraude : le seul fait que le partage a eu lieu au mépris de son opposition le rend suspect.

La Cour de Douai a même jugé que le créancier n'avait pas à démontrer le préjudice ; il suffirait qu'il n'eût pas été appelé. La Cour de cassation, avec plus de raison, exige que le créancier se plaigne d'un dommage ; s'il n'a pas d'intérêt, il n'a pas d'action (Cass., 22 déc. 1869, D. 70. 1. 253, S. 70. 2. 347).

Il suffit que les cohéritiers appellent le créancier opposant au début de

la procédure pour le mettre en demeure de surveiller ses droits : il n'est pas nécessaire qu'on lui dénonce chaque acte de la procédure, quand cette mise en demeure initiale est demeurée sans effet (Cass., 1er mars 1898, D. 98. 1. 295, S. 98. 1. 401).

2437. Droits du créancier opposant. — Le droit du créancier, quand il est appelé au partage, se borne à en surveiller les opérations, pour s'assurer qu'il est fait loyalement. Il peut, par exemple, demander que les lots soient composés conformément à l'art. 832 ; on lui reconnaît aussi, mais cela pourrait être discuté, le droit d'exiger le tirage au sort des lots. En tout cas, il ne peut pas demander que le partage ait lieu en justice, si tous les héritiers sont capables et s'ils sont d'accord pour partager à l'amiable (Cass., 10 janv. 1887, D. 89. 1. 75, S. 87. 1. 377). Il ne peut pas davantage imposer ses volontés aux parties copartageantes (Nancy, 19 juin 1893, D. 94. 2. 572)[1]. Si le créancier a été convoqué et s'il ne s'est pas présenté, le partage est définitif à son égard et il a perdu le droit de l'attaquer par l'action Paulienne.

2438. Indisponibilité des parts héréditaires. — L'opposition a pour effet d'empêcher les cohéritiers de disposer librement de leurs parts par voie de cession. Cette solution, enseignée par de bons auteurs (Demolombe, t. XVII, n° 238 ; Aubry et Rau, t. VI, § 626, p. 599), a été admise par la Cour de cassation (Cass., 18 févr. 1862, D. 62. 1. 224 ; Cass., 30 juill. 1895, D. 96. 1. 369, S. 97. 1. 29 ; Cass., 18 juill. 1899, D. 1900. 1. 17, et la note de M. De Loynes). A mon avis, c'est ajouter à la loi, qui interdit seulement aux cohéritiers de *partager* en cas d'opposition de leurs créanciers et qui ne déclare pas leurs parts indisponibles (Huc, t. V, n° 433), et plusieurs Cours d'appel ont admis que l'opposition à partage n'empêchait pas les héritiers de céder leurs droits successifs (Bordeaux, 4 déc. 1872, D. 73. 2. 107, S. 73. 2. 78 ; Douai, 20 déc. 1890, D. 92. 2. 27).

Toutefois cette indisponibilité n'a pas pour effet de conférer au créancier opposant un droit de préférence contre les autres : s'il a seul le droit d'intervenir au partage pour le critiquer, les biens qu'il fait rentrer dans le lot du copartageant qui est son débiteur deviennent le gage commun de tous les créanciers de celui-ci (Paris, 23 déc. 1897, D. 98. 2. 488). Voyez toutefois Rouen, 9 mars 1904, D. 1908. 2. 145, S. 1906. 2. 249.

2° Effet du défaut d'opposition.

2439. Suppression de l'action Paulienne. — Quand les créanciers n'ont pas fait opposition, le partage, même accompli hors de leur présence, est à l'abri de toute attaque ; l'action Paulienne n'est pas donnée contre lui, fût-il fait en fraude des droits des créanciers et ceux-ci eussent ils le moyen d'en faire la preuve. C'est une dérogation remarquable aux règles du droit commun et la jurisprudence a longtemps hésité a admettre cette conséquence extrême de l'art. 882 (Amiens, 17 mars 1869, D. 74. 5. 364, S. 69. 2. 196) ; mais elle a fini par l'accepter, sous l'influence de la

[1] Toutefois il peut demander que les valeurs attribuées à son débiteur soient vendues, et le prix employé à le désintéresser (Cass., 23 nov. 1897, S. 98. 1. 161).

Cour de cassation (Cass., 9 juill. 1866, D. 66. 1. 369, S. 66. 1. 361 ; Cass., 17 févr. 1874, D. 74. 1. 281, S. 75. 1. 399 ; Cass., 17 nov. 1890, D. 91. 1. 25). L'art. 882 porte en effet qu' « ils ne peuvent attaquer un partage consommé » qu'autant qu'il y a été « procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ». Cette disposition apparaît ainsi comme une restriction considérable du droit des créanciers, fondée sur des raisons d'ordre économique et sur le désir de protéger les familles contre les dangers d'une rescision. Les créanciers qui veulent se réserver l'action Paulienne doivent donc avoir soin de former opposition.

2440. Nécessité de l'enregistrement. — Pour être opposable au créancier, le partage antérieur à son intervention doit avoir *date certaine*. Un simple acte sous seings privés ne suffirait pas pour l'arrêter. En effet, quand il fait opposition au partage, le créancier use d'un droit qui lui est propre ; il est *un tiers*, et l'art. 1328 lui devient applicable. Sans cela, les créanciers n'auraient aucune garantie sérieuse : aussitôt qu'ils seraient touchés par une opposition, les cohéritiers s'empresseraient de rédiger un acte de partage qu'ils antidateraient, et répondraient à l'opposant que son opposition arrive trop tard.

2441. Actions exceptionnelles laissées aux créanciers. — La rigueur de l'art. 882 se tempère par une double restriction.

1° Cas de partage simulé. — On empêche les créanciers d'attaquer un partage sérieux ; mais leur action est recevable si l'acte qu'on présente est purement fictif et si l'indivision continue dans la réalité. Le désir de la loi de maintenir le partage, malgré le préjudice subi par les créanciers, n'a plus alors de raison d'être. Arrêts nombreux en ce sens ; voyez Bourges, 18 juill. 1892, D. 92. 2. 609, S. 93. 2. 210.

2° Cas de partage hatif. — Il est possible que les cohéritiers, prévoyant l'intervention des créanciers de l'un deux, se hâtent de faire le partage, de façon à éviter l'opposition. Cette hâte est une fraude qui tend à priver les créanciers du droit que la loi leur donne, de sorte que l'on ne peut plus reprocher à ceux-ci de n'en avoir point usé ; ils conserveraient donc le droit d'attaquer le partage, conformément au droit commun (Cass., 17 nov. 1890, D. 91. 1. 25 ; Cass., 7 janv. 1907, D. 1910. 1. 215, S. 1907. 1. 215).

2442. Actes régis par l'art. 882. — On trouve dans les arrêts une tendance à interpréter la loi restrictivement d'une autre façon encore. C'est seulement pour le *partage* que la nécessité d'une opposition est imposée aux créanciers ; par suite l'absence d'opposition ne les empêche pas d'attaquer pour cause de fraude une *cession de droits successifs*, qui a les caractères d'une vente plutôt que d'un partage (Poitiers, 18 mai 1881, D. 82. 2. 103 ; Poitiers, 9 mars 1893, D. 95. 2. 121, S. 94. 2. 153).

LE RETRAIT SUCCESSORAL[1]

CHAPITRE UNIQUE

§. 1 — *Préliminaires.*

***2443. Son but.** — Le retrait successoral, établi par l'art. 841 [2], suppose que l'un des héritiers a *vendu* sa part à un *étranger*, c'est-à-dire à une personne qui n'était pas appelée par la loi à succéder, et le retrait a pour but d'*empêcher l'acquéreur de prendre part au partage, en lui enlevant la part qu'il avait achetée.* Le motif qui l'a fait admettre jadis et maintenir dans notre droit actuel est le désir d'écarter un étranger qui poursuit une spéculation et qui s'introduit dans les secrets de la famille.

2444. Critique. — Il peut y avoir là un intérêt sérieux à protéger, mais on n'y réussit qu'en causant un préjudice considérable aux héritiers quand ils ont besoin de réaliser leurs parts en les vendant, car ils ne trouvent à le faire qu'à des conditions désavantageuses, à cause de la menace du retrait, qui enlève aux acquéreurs l'espoir de faire une bonne affaire.

D'ailleurs la loi n'atteint même pas son but : rien n'est plus facile que de la tourner en cachant la vente soit sous la forme d'une *donation*, soit sous celle d'un *mandat*. Comme le retrait est une véritable expropriation pour cause d'utilité privée, on voit que le Code aurait bien fait de ne pas le conserver.

2445. Origine du retrait successoral. — Notre ancienne jurisprudence l'a tiré des lois « Per diversas » et « Ab Anastasio » (*Code*, liv. IV, tit. 35, lois 22 et 23), qui étaient relatives aux cessions de *droits litigieux* et qui ont été étendues à la matière des successions, à une époque où les retraits étaient fort en faveur.

§ 2. — *Conditions du retrait.*

***2446 Énumération.** — Pour que le retrait puisse être exercé, il faut :

1° Qu'il s'agisse d'une *cession de droits successifs* ;

2° Qu'elle soit *faite à titre onéreux* ;

3° Qu'elle ait eu lieu *au profit d'un étranger.*

2447. Cas où il y a cession de droits successifs. — On suppose une cession faite par un *successeur universel d'une personne décédée.* L'art. 841 dit un « cohéritier », mais il faut donner à ce mot un sens large, comprenant à la fois les *héritiers légitimes*, les *successeurs irréguliers*, et même les *légataires universels ou à titre universel*, qui sont « loco heredum ». Mais l'art. 841 serait sans application possible à la cession faite par un légataire particulier et, à plus forte raison, par un ayant droit dans

[1] Sur les retraits en général, voyez t. II, nos 1647-1648.
[2] Cet article est le seul qui soit relatif à la matière.

une communauté conjugale (Cass., 12 déc. 1894, D. 95. 1. 286, S. 95. 1. 257) ou dans une société quelconque.

Il faut de plus que ce successeur ait cédé « son droit à la succession » (art. 841), ce qui suppose qu'il a cédé soit sa *part entière*, soit une *quote-part* de cette part, et que le cessionnaire ne se présente pas pour réclamer simplement un objet particulier (Cass., 23 mars 1870, D. 70. 1. 422, S. 71. 1. 78 ; Pau, 12 déc. 1892, D. 94. 2. 167 ; Paris, 1er juill. 1909, P. et S. 1910. 2. 172). Cependant il y aurait lieu à retrait si, pour éluder la loi, le cohéritier avait cédé à titre particulier ses droits dans tous les biens héréditaires individuellement désignés (Rennes, 15 janv. 1880, D. 81. 2. 114, S. 81. 2. 185). Mais cette question d'appréciation soulève des difficultés sérieuses dans la pratique.

Le retrait ne peut s'appliquer qu'aux biens héréditaires, et non aux biens personnels du cédant confondus avec eux (Cass., 14 déc. 1908, D. 1909. 1. 457).

2448. Cas où il y a donation. — Une donation n'est jamais sujette à retrait, puisque le retrait ne peut se faire que moyennant le remboursement du prix. Cependant si la donation apparente cachait une vente réelle, le retrait pourrait être exercé, sous la seule condition de prouver la véritable nature de l'acte.

2449. Qualité du cessionnaire. — Le retrait n'est possible que contre un *étranger*. C'est une condition qui est rendue nécessaire par le but même de ce retrait : exercé contre un successible, le retrait ne l'empêcherait pas de venir au partage pour sa propre part. On considère comme étrangers à ce point de vue tous *ceux qui ne sont pas appelés au partage en qualité de successeurs universels*. Ainsi le retrait pourrait être exercé contre les personnes suivantes :

1° Les légataires particuliers. — La différence ainsi faite entre les légataires universels ou à titre universel et les légataires particuliers crée une difficulté quand le cessionnaire contre lequel le retrait est exercé est un légataire d'usufruit. Deux arrêts, abandonnant ici la solution qui prévaut sur d'autres points en jurisprudence, ont décidé que le retrait était toujours possible parce que le legs d'usufruit n'est jamais qu'un legs particulier (Besançon, 6 févr. 1872, D. 72. 2. 140 ; Rennes, 15 janv. 1880, D. 81. 2. 114, S. 81. 2. 185). Comp. ci-dessous, nos 2809-2811. Voyez aussi Cass., 23 juin 1909, P. et S. 1910 1. 374.

2° Les parents non successibles. — Tel serait un parent, qui se trouverait écarté de la succession par le testament ou par un parent plus proche (cas prévu par l'art. 841) ; ou encore un successible qui aurait renoncé pour s'en tenir à son don ou pour toute autre cause.

3° Les conjoints des héritiers. — Le retrait serait possible même contre le mari d'une femme appelée à la succession, bien que le mari ait le droit d'assister au partage comme administrateur des biens de sa femme (Bordeaux, 25 mars 1857, D. 57. 2. 116, S. 58. 2. 289).

4° Le conjoint du défunt. — Il sera écarté par le retrait bien que sa qualité de commun en biens avec le défunt lui donne personnellement le droit d'assister au partage (Agen, 27 janv. 1880, D. 80. 2. 187, S. 81. 2. 9). Mais voyez Orléans, 7 juill. 1906, S. 1907. 2. 121.

Toutes ces solutions témoignent que la jurisprudence ne tient nullement à restreindre l'application du retrait. Quelques auteurs vont plus loin encore. Ainsi M. Demolombe pensait que l'ascendant donateur, cessionnaire d'une part d'un autre héritier, devait subir le retrait à raison de la séparation qui existe entre la succession anomale et la succession ordinaire (t. XVI, no 44).

§ 3. — *Par qui le retrait peut être exercé.*

2450. Formule générale. — Peuvent exercer le retrait les *cohéritiers* du cédant, c'est-à-dire ceux qui n'auraient pas à le subir, s'ils étaient eux-mêmes cessionnaires ; de sont les héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre uni-

versel, sans distinguer s'ils ont accepté la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire.

Le retrait est considéré comme un droit *personnel*, que les créanciers ne peuvent pas exercer du chef de leur débiteur.

2451. Corollaire. — Par suite ne peuvent exercer le retrait, ni les cessionnaires de droits successifs, ni les héritiers renonçants, ni ceux qui sont exclus de la succession par des dispositions à titre universel. Il en serait de même de l'héritier qui a cédé sa part, et qui a ainsi perdu tout droit à intervenir dans le partage de la succession (Cass., 5 juin 1905, S. 1907. 1. 225, et la note de M. Wahl).

2452. Bénéfice du retrait. — Chaque cohéritier possède *individuellement* le droit d'exercer le retrait, et celui qui l'exerce seul en conserve pour lui seul tout le profit : il prend, outre sa part, la part soumise au retrait et qu'il a rachetée, exactement comme s'il en avait été lui-même le cessionnaire primitif[1].

Cependant, si les autres ou quelques-uns des autres intervenaient avant que le cessionnaire eût accepté le retrait ou que le tribunal l'eût prononcé par jugement, tous seraient admis à en profiter en proportion de leurs parts héréditaires. En d'autres termes, le droit étant ouvert à tous, il ne suffit pas que la demande soit *formée* par l'un d'eux pour que les autres en soient privés ; il faut que le retrait soit *consommé*, pour qu'il y ait un droit exclusif acquis au retrayant.

§ 4. — *Exercice du retrait.*

2453. Absence de délai. — Il n'y a pas de prescription spéciale : aucun délai n'est fixé. L'action en retrait, comme l'action en rapport, est un accessoire de l'action en partage, le retrait est lui-même un incident du partage. Elle reste donc imprescriptible tant que dure l'indivision.

2454. Effet du partage consommé. — Si les héritiers avaient admis le cessionnaire aux premières opérations du partage, il n'en résulterait aucune déchéance, car ils peuvent découvrir, au cours de ces opérations, des motifs qui les décident à opérer le retrait. Toutefois il faut pour cela que le partage ne soit pas encore terminé ; sinon, tout serait consommé et le retrait n'aurait plus de raison d'être. En d'autres termes le retrait, qui est possible tant que dure l'indivision, ne l'est plus quand elle a cessé.

2455. Remboursement du cessionnaire. — Celui qui veut exercer le retrait doit rembourser au retrayé « le prix de la cession » (art. 841). Ce remboursement a pour objet le *prix réel*, payé par le cessionnaire, et non la valeur de la part acquise par lui, au cas où elle serait supérieure au prix. Souvent l'acte de cession porte un *prix exagéré* destiné à empêcher le retrait ; si la preuve de cette fraude est fournie, le retrait aura lieu moyennant le simple remboursement du prix vrai.

Si un terme a été stipulé pour le paiement du prix, le retrayant en jouira aux lieu et place du cessionnaire, sans que celui-ci puisse exiger une caution en attendant.

2456. Accessoires du prix. — Ce n'est pas seulement le prix qui doit être remboursé, mais avec lui les *frais et loyaux coûts du contrat* et les *intérêts* depuis le jour où le prix a été payé. Ceci n'est pas dit dans l'art. 841 à propos du retrait successoral, mais dans l'art. 1699, pour le retrait litigieux, dont on applique ici les règles par analogie. La règle traditionnelle veut qu'on rende le cessionnaire complètement indemne.

On lui doit les intérêts de son prix : mais s'il avait déjà perçu des fruits et revenus de

[1] Voyez cependant Toulouse, 11 févr. 1888 (Dalloz, *Suppl.*, t. XVII, p. 218, note 1 ; S. 90. 2. 222), décidant que, lorsque la faculté de retrait se trouve transmise aux héritiers d'un successible, celui d'entre eux qui l'exerce est obligé d'en communiquer le profit aux autres. Ceci tient à ce que chacun des héritiers du successible décédé sans avoir exercé le retrait ne possède lui-même cette faculté que pour sa part. C'est l'effet de la division des droits d'un défunt entre ses héritiers qui ne contrarie en rien la solution donnée au texte.

la succession, il en doit compte, ce qui fait qu'on déduirait leur valeur des sommes qui lui sont dues.

2457. Cas particuliers. — Des hypothèses spéciales se présentent :

1° Prix fixé autrement qu'en argent. — Si le prix de la cession a consisté en objets en nature ou en prestations et services, comme on ne peut ni obliger le retrayant à en fournir de semblables, ni l'empêcher pour cette raison d'exercer le retrait, on estimera en argent la valeur fournie par le retrayé et ce sera cette somme qui lui sera versée.

2° Prix fixé sous forme de rente viagère. — Quand le cédant est déjà mort au moment du retrait, la rente est éteinte et le retrayant n'a à rembourser que le total des arrérages effectivement payés par le cessionnaire (Chambéry, 12 févr. 1878, D. 79. 2 201, S. 79. 2. 332). Si le cessionnaire vit encore, le retrayant devra, outre le remboursement des termes de rente déjà courus, s'engager à la servir à l'avenir à la place du retrayé, de façon que celui-ci ne soit pas inquiété pour cette raison.

3° Existence de plusieurs cessions successives. — Lorsque la part vendue a fait l'objet de plusieurs cessions successives pour des prix différents, c'est *le prix de la dernière cession*, qui doit être remboursé par le retrayant (Besançon, 5 juin 1857, D. 58. 2. 111) Cette solution est combattue par une partie de la doctrine, parce qu'il était de tradition, en matière de *retrait lignager*, que le retrayant remboursât le prix de la première cession (Pothier, *Retraits*, n° 341) ; cette tradition semble contraire au texte actuel.

§ 5. — *Effet du retrait.*

***2458. Sa nature.** — Un retrait est une opération « sui generis », qu'il ne faut pas confondre ni avec une *résolution* ni avec une *annulation* de la cession. Ce n'est pas davantage une *revente* ou une *rétrocession* consentie par le cessionnaire au retrayant. L'ancienne cession subsiste ; il y a seulement *substitution d'un nouvel acquéreur à l'acquéreur primitif.* Le retrayant prend le marché pour lui ; il n'est pas l'ayant cause du cessionnaire, dont la personne disparaît, mais bien du cédant avec qui il se trouve en rapport direct. On qualifiait jadis de « subrogation » ce changement de personne.

2459. Conséquences. — On en tire cette conséquence qu'il n'est dû aucun nouveau *droit de mutation*, mais seulement un *droit de libération*, pour les sommes remboursées, ou un *droit d'obligation*, pour celles que le retrayant s'oblige à payer en l'acquit du retrayé. Il n'y a pas lieu non plus à *transcription*, quand la succession comprend des immeubles.

2460. Survie des obligations du retrayé. — Malgré le retrait, le cessionnaire reste obligé en vertu de la cession envers le cédant. Le retrait, qui est « res inter alios acta » pour le cédant, n'a pas pour effet d'enlever à celui-ci sa créance comme le ferait une novation.

***2461. Rétroactivité du retrait.** — Relativement à la propriété, le retrait opère substitution complète d'une personne à l'autre. Le retrayant devient rétroactivement propriétaire comme s'il avait acquis lui-même cette part du premier coup ; et tous les effets de l'acquisition sont anéantis à l'égard du retrayé : ceux de ses droits ou charges qui s'étaient éteints par confusion ou par consolidation reparaissent, et les droits réels nés de son chef se trouvent résolus.

2462. Garantie de la cession. — Aucune garantie n'est due par le cessionnaire au retrayant, de sorte que celui-ci ne pourrait pas refuser de rembourser le prix de la cession sous prétexte qu'il est menacé d'éviction par un tiers qui intente une pétition d'hérédité (Cass., 27 janv. 1892, D. 92. 1. 113. S. 93. 1. 17). Mais le retrayant a droit à garantie de la part du cédant, dans les termes du droit commun.

APPENDICE

A LA MATIÈRE DES SUCCESSIONS

DÉVOLUTION DU PATRIMOINE D'UN ABSENT

2463. Renvoi. — La théorie générale de l'absence est exposée dans le tome I, aux numéros 611 à 636. On devra s'y reporter pour tout ce qui concerne la définition de l'absence, l'indication générale de ses effets, ainsi que la procédure à suivre et les délais à observer pour la déclaration judiciaire de l'absence et les deux jugements d'envoi en possession, provisoire d'abord, définitif ensuite.

2463 *bis*. Motif de cette dévolution. — L'absence n'ouvre pas la succession ; l'art. 130 dit formellement que la succession de l'absent est ouverte seulement « du jour de son décès *prouvé* ». Cependant la loi organise en cas d'absence une dévolution spéciale des biens délaissés par l'absent, qui ressemble à l'ouverture de sa succession : cette dévolution a lieu au profit de ses héritiers présomptifs et des autres personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent. C'est ce qui fait dire à beaucoup de personnes que l'absent « est réputé mort » et que sa succession est « provisoirement ouverte », formule fausse comme on va le voir ; les effets qui se produisent alors sont fort éloignés de ceux qui résultent de l'ouverture d'une succession.

Mais, quand l'absence se prolonge, il faut bien arriver à confier à quelqu'un ce patrimoine délaissé, et on ne pouvait le remettre aux mains d'un administrateur salarié, qui n'aurait eu aucun intérêt personnel à le bien gérer ; au contraire, ceux qui sont appelés à le recueillir au cas où l'absent serait réellement mort et ne reparaîtrait jamais sont les premiers intéressés à sa conservation. On le leur remet donc au moyen d'une formalité spéciale, l'*envoi en possession*. A partir de ce moment, le patrimoine de l'absent est géré par des administrateurs qu'on a tout lieu de croire diligents, tandis que jusque-là, pendant toute la première période, dite *présomption d'absence* (t. I, n° 629-1°), ce patrimoine est véritablement laissé à l'abandon ; les mesures que le tribunal peut ordonner en vertu de l'art. 112, et qui ne lui sont permises qu'en cas de *nécessité*, ne remplissent leur but que très imparfaitement.

2464. Au profit de qui elle s'opère. — Les biens laissés par l'absent sont attribués à ceux qui lui auraient succédé comme héritiers ab intestat

ou comme légataires, s'il était réellement mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et si la preuve de son décès pouvait être rapportée. Il était impossible de se placer à une autre époque pour déterminer les ayants droit, puisque depuis lors on est dans l'incertitude complète sur la vie ou la mort de l'absent, mais il est clair que dans beaucoup de cas ce moment ne coïncidera pas avec l'époque véritable de la mort et que la dévolution des biens profitera à des personnes qui n'auraient pas succédé à l'absent, si le jour de sa mort avait été connu.

2465. Distinction des deux envois en possession. — Les héritiers présomptifs de l'absent et autres ayants droit ont à demander successivement un *double envoi en possession* : le premier est dit « envoi provisoire » ; le second est appelé « envoi définitif ». Comp. t. I, n° 629.

§ 1. — *De l'envoi en possession provisoire.*

A. — Qui peut le demander.

2466. Droit des héritiers présomptifs et du conjoint. — D'après l'art. 120, le droit de demander l'envoi en possession appartient à ceux qui étaient les *héritiers présomptifs de l'absent* au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Il faut reconnaître le même droit aux *légataires universels ou à titre universel* qui se présenteraient porteurs d'un testament fait à leur profit.

S'il n'y a aucun parent habile à succéder, l'époux présent peut demander l'envoi en possession provisoire (art. 140).

2467. Droit des légataires et autres intéressés. — Quand les héritiers ou autres successeurs universels se sont ainsi fait envoyer en possession, les autres intéressés, c'est-à-dire les *légataires particuliers*, les *donataires* et autres personnes ayant sur les biens de l'absent des *droits subordonnés à son décès*[1], sont admis à les exercer provisoirement (art. 123). C'est en effet l'ordre naturel : les héritiers, étant les plus fort intéressés, agissent promptement et les autres ayants droit leur demandent la délivrance des sommes ou objets qui leur reviennent, absolument comme s'ils étaient en face d'héritiers ayant succédé à une personne décédée. Telle est la situation prévue par l'art. 123. Mais il peut arriver que les héritiers du sang s'abstiennent d'agir, se sachant dépouillés par le testament du défunt. Alors ce testament ne sera pas ouvert et les légataires se verront dans l'impossibilté d'exercer leurs droits. Mais tout le monde admet que les légataires et autres intéressés pourraient en ce cas faire *sommation* aux héritiers d'avoir à demander l'envoi en possession et, sur leur refus, se faire

[1] Voyez la liste de ces personnes, t. I, n° 622.

autoriser par justice à exercer les droits qui leur appartiennent. Le testament sera alors ouvert sur les réquisitions du ministère public (art. 123).

2468. Transmissibilité du droit. — Quand ceux qui avaient des droits sur les biens de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles décèdent avant le jour où l'envoi en possession peut être prononcé, leur droit passe à leurs propres héritiers ou autres successeurs. Une fois fixé en leur personne, il ne peut plus s'éteindre, et devient transmissible.

B. — Époque et condition de l'envoi provisoire.

2469. Quand il peut être demandé. — L'art. 120 dit que l'envoi en possession est demandé « en vertu du jugement définitif qui déclare l'absence ». Ce texte suppose donc qu'il y a une seconde demande formée dans ce but, après la première qui tend seulement à la déclaration de l'absence. Mais dans la pratique, pour économiser du temps et des frais, on forme *les deux demandes en même temps* et c'est *un seul et même jugement qui déclare l'absence et qui accorde l'envoi en possession.*

En tout cas, il résulte de là que les délais établis par la loi pour la déclaration d'absence (cinq ans ou onze ans selon que l'absent aura laissé ou non un procureur fondé) sont en même temps ceux de l'envoi en possession. Voyez les art. 115, 119, 121 et 122, et t. I, n°s 624 et suiv.

2470. Caution à fournir. — Tout envoyé en possession des biens d'un absent doit fournir caution *pour la sûreté de son administration* (art. 120 *in fine*. — Comp. art. 123 *in fine*). Cette caution n'est cependant pas exigée de l'État, quand il demande l'envoi en possession.

C'est une *caution légale* qui est ici exigée ; elle doit donc remplir les conditions indiquées dans les art. 2018 et 2019 ; mais elle peut être remplacée par un nantissement ou une hypothèque (art. 2041). Au cas où celui qui demande l'envoi en possession ne trouve pas de caution et ne peut pas offrir une autre sûreté équivalente, on applique par analogie les dispositions des art. 602 et 603 relatifs à l'usufruitier.

2471. Inventaire. — Sur l'obligation de faire dresser un inventaire, voyez l'art. 126, al. 1.

2472. Vente du mobilier. — D'après l'art. 126, le tribunal ordonne, *s'il y a lieu*, la vente du mobilier. Les magistrats ont donc un pouvoir discrétionnaire pour décider la vente et pour désigner les meubles à vendre. Rien n'est réglé pour les formes à suivre ; ils pourraient donc autoriser une vente à l'amiable.

2473. Placement du prix et des fruits. — Ce placement est ordonné par l'art. 126, al. 2, seulement pour le cas de vente. Aucune règle n'est établie par la loi ni pour le délai ni pour le mode d'emploi.

2474. État des immeubles. — Si les envoyés en possession prennent les biens en mauvais état, ils peuvent demander qu'un état des immeubles soit dressé dans les formes prescrites par l'art. 126, al. 3. C'est une mesure *facultative* qui est prise « pour leur sûreté », afin d'éviter que l'absent de retour ne veuille les rendre responsables du mauvais état de ses biens. Au cas où cette précaution n'aurait pas été prise, les envoyés en possession ne seraient pas présumés avoir reçu les biens en bon état. La présomption légale, écrite dans l'art. 1731 pour régler les rapports entre preneur et bailleur, est ici hors de mise.

C. — Effet de l'envoi provisoire.

2475. Énumération. — Les conséquences de l'envoi provisoire sont les suivantes :

1° l'ouverture du *droit de mutation* ; 2° l'ouverture du droit de demander le *rapport* ; 3° le *partage provisoire* de la succession ; 4° la concession aux envoyés en possession d'un *pouvoir d'administrer* ; 5° l'allocation aux envoyés d'une *partie des fruits*.

1° Droit de mutation.

2476. Caractère fiscal de la règle. — Comme la succession de l'absent n'est pas ouverte et qu'elle ne le sera peut-être jamais au profit de ceux qui obtiennent l'envoi en possession, l'État ne devrait pas exiger d'eux le droit de mutation. Telle était d'ailleurs la règle primitive ; mais en 1816, comme le Trésor avait besoin d'argent, on imagina de le leur faire payer (L. 28 avril 1816, art. 40). C'est une des nombreuses mesures qui furent prises alors pour parer au déficit creusé par les guerres de Napoléon. Elle se justifie d'ailleurs par cette considération pratique que, dans la plupart des cas, l'absent ne revient pas et que l'envoi en possession équivaut à l'ouverture de la succession au profit de ses héritiers présomptifs.

En cas de retour de l'absent, la loi de 1816 ordonne la restitution du droit perçu, sous déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance temporaire ainsi procurée aux envoyés en possession.

2° Droit au rapport.

2477. Solution doctrinale. — Rien n'est dit à ce sujet dans la loi. Mais la doctrine admet en général que les cohéritiers appelés à bénéficier de l'envoi en possession provisoire, se doivent réciproquement le rapport des libéralités qu'ils ont pu recevoir de l'absent (Demolombe, t. II, n° 132 ; Aubry et Rau, t. I, § 153, 4e édit., p. 609, note 20 ; 5e édit., p. 927 ; Dalloz, *répert.*, v° Absence, n° 33). On ne signale guère d'autre dissentiment que celui de Laurent (t. II, n° 129), qui ne veut voir dans les envoyés en possession que des administrateurs. On peut cependant justifier, par un raisonnement en règle la solution qui a triomphé : les envoyés en possession sont admis à exercer sur les biens de l'absent les droits qui devaient s'ouvrir pour eux à son décès ; ils ne peuvent naturellement les exercer que sous les conditions qui les auraient alors suspendus ou amoindris, et parmi ces conditions figure l'obligation réciproque du rapport.

2478. Solution contraire pour la réduction. — Il en est tout autrement de l'action en réduction que les héritiers pourraient être admis à exercer *contre les tiers donataires* : les donations faites par l'absent ne deviennent réductibles que par l'effet de son décès *prouvé* et au profit de ses *héritiers* ; les envoyés en possession, ne pouvant pas prouver le décès, ne sont pas recevables dans leur action (Cass., 24 févr. 1872, D. 73. 2. 81, S. 72. 2. 241). L'opinion contraire a cependant de bonnes raisons à faire valoir. Voyez la note de M. Garsonnet, dans *Dalloz* sous l'arrêt précité, et Demante, t. I, nos 152 *bis* iv-vi.

3° Partage provisoire des biens.

2479. Nécessité d'un partage. — Le plus souvent, la personne disparue laisse plusieurs héritiers présomptifs. Il est impossible de leur laisser la possession indivise de tous les biens. Rationnellement, ils doivent procéder à un partage. C'est la solution la plus communément admise (Dalloz, *Suppl.*, v° Absence, n° 35). Mais naturellement il ne peuvent pas liciter les immeubles impartageables, à moins de procéder à cette opération entre eux et en excluant les étrangers (Orléans, 1er déc. 1859, D. 60. 2. 159).

2480. Son effet. — Ce partage semblerait devoir être purement provisoire et pouvoir être suivi d'un partage nouveau après l'envoi en possession définitif. En ce sens, Laurent, t. II, n° 226. Mais il est plus généralement admis que les envoyés en possession peuvent dès le premier jour procéder à un partage définitif entre eux et même que leur intention à cet égard doit être présumée telle (Demolombe, t. II, n° 153).

4° Administration de la succession.

2481. Caractère du droit des envoyés en possession. — Pour

qualifier leur droit, l'art. 125 dit que l'envoi en possession n'est qu'un *dépôt*. Expression peu exacte, car il y a de fortes différences entre leur situation et celle d'un dépositaire véritable. Il ne faut voir là qu'une comparaison à l'aide de laquelle la loi a voulu marquer le *caractère précaire* de leur possession et l'obligation qu'ils ont de respecter les droits de l'absent, qui n'est peut-être pas mort et envers lequel ils seront un jour responsables et comptables. On doit conclure de là :

1° Que les biens leur sont confiés dans *l'intérêt de l'absent,* au moins autant que dans le leur :

2° Que tout espoir de *prescrire contre lui* leur est interdit.

2482. Actes d'administration. — Tous les actes d'administration sont permis aux envoyés en possession des biens d'un absent (art. 123), mais le texte s'exprime en termes vagues et ne précise rien. Il aurait dû s'expliquer sur la *durée des baux* qu'ils peuvent consentir. En général, on leur applique par analogie les art. 1429 et 1430.

Il semble bien que tous ces actes, qui tendent à conserver la fortune de l'absent, ne leur sont pas seulement *permis,* mais sont *obligatoires* pour eux et qu'ils seraient responsables de ne les avoir pas faits.

2483. Actes d'aliénation. — En revanche l'art. 128 leur interdit d'*aliéner* ou d'*hypothéquer* les *immeubles* de l'absent. Il y a controverse pour les *meubles,* dont la loi n'a pas parlé, mais sa disposition spéciale aux immeubles ne paraît pas pouvoir être étendue au delà de ses termes. L'inventaire et la caution, avec la responsabilité personnelle de l'envoyé, ont pu paraître des garanties suffisantes aux rédacteurs de la loi ; mais il est certain qu'il y a là une lacune.

En cas de nécessité, par exemple quand il y a lieu de faire de grosses réparations, les immeubles de l'absent peuvent être hypothéqués *avec l'autorisation de la justice* (art. 2126). On admet que le tribunal pourrait également autoriser une *vente*.

2484. Exercice des actions de l'absent. — Comme on ne peut pas empêcher les tiers d'agir quand ils ont des droits à faire valoir contre l'absent, la loi donne qualité aux envoyés en possession pour *défendre* à toutes les actions intentées par des tiers (art. 134).

Quant à l'*exercice actif* des actions appartenant à l'absent, la loi n'en a rien dit. On admet généralement que les envoyés en possession peuvent intenter *toutes les actions* de l'absent. Il n'y a pas de difficultés pour les *actions mobilières* et pour les *actions possessoires,* qui rentrent ordinairement dans les pouvoirs des administrateurs du bien d'autrui (art. 1428). Il y a plus de doute pour les *actions immobilières pétitoires* ; toutefois l'opinion générale les leur donne également (Douai, 28 janv. 1853, D. 56. 2. 192).

Les jugements rendus pour ou contre les envoyés en possession provisoire sont opposables à l'absent de retour : il a été représenté par eux.

2485. Transaction et compromis. — L'autorisation du juge est certainement nécessaire, si l'envoyé en possession veut transiger ou compromettre sur un droit *immobilier*, puisqu'il n'en a pas la libre disposition (art. 1989 et 2045 combinés avec l'art. 128). Il y a controverse dans la doctrine relativement aux droits mobiliers ; il semble que cela dépend du parti que l'on prend sur la question de savoir si l'envoyé en possession peut aliéner les meubles. Voyez en sens divers Demolombe, t. II, nº 115 ; Aubry et Rau, t. I, § 153, texte et note 9.

2486. Placement des capitaux. — Les envoyés en possession provisoire ont évidemment qualité pour recevoir le remboursement des capitaux dus à l'absent, quand ils arrivent à échéance. La loi n'en a rien dit. Dans la pratique on considère généralement que l'obligation de faire emploi, établie par l'art. 126, al. 2, pour le prix du mobilier dont le tribunal a ordonné la vente, s'étend aux capitaux ainsi remboursés (Orléans, 22 nov. 1850, D. 51. 2. 70, S. 51. 2. 553).

2487. Paiement des dettes. — Les envoyés en possession provisoire sont certainement obligés de payer les dettes de l'absent à l'aide des biens qu'il a laissés : ils ne recueillent son patrimoine qu'avec les charges qui le grèvent. Mais comme ils n'ont pas la qualité d'héritiers, ils ne peuvent pas être poursuivis sur leurs biens personnels. On n'a nul besoin pour cela de les assimiler à des héritiers bénéficiaires : la succession de l'absent n'est pas ouverte ; ils gèrent son patrimoine à titre provisoire ; ils paient en son nom, de même qu'ils plaident en son nom.

2488. Conservation de leurs droits personnels. — De la même idée découle une autre conséquence : tous les droits qui leur appartiennent en propre, et qui se trouveraient paralysés ou éteints s'il y avait confusion des deux patrimoines par l'effet d'une dévolution héréditaire, subsistent à leur profit. Par exemple, s'ils ont des actions en revendication ou autres à faire valoir contre les tiers, ceux-ci ne peuvent leur opposer aucune exception du chef de l'absent.

5° Attribution des fruits.

2489. Jouissance accordée aux envoyés en possession. — Ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire ont *la jouissance des revenus de l'absent* (art. 127) ; la loi les leur attribue et leur permet de les garder, même au cas où l'absent de retour leur réclamerait ses biens, sauf la portion ci-dessous indiquée qui doit lui être restituée.

2490. Portion des fruits réservée à l'absent. — Pour que l'absent ait droit à la restitution d'une partie des fruits, il faut qu'il reparaisse *moins de trente ans* après sa disparition ou ses dernières nouvelles : « après trente ans d'absence la totalité des revenus leur appartiendra » (art. 127). Les trente années dont il est ici question se comptent à partir du commencement réel de l'absence, et non à partir de sa déclaration par jugement ; c'est ce qui résulte du premier alinéa de l'art. 127. Si l'on attendait que trente ans soient écoulés depuis la déclaration d'absence, l'attribution totale des fruits ne profiterait jamais aux envoyés en possession provisoire, puisqu'on entrerait alors dans la période de l'envoi définitif.

Quand l'absent reparaît avant trente ans, la quotité de fruits à laquelle il a droit varie : elle est du *cinquième*, si l'on est encore dans les quinze pre-

mières années, du *dixième* seulement, s'il y a plus de quinze ans écoulés (art. 127).

Malgré la généralité des termes dont s'est servie la loi, il faut décider que les revenus ainsi attribués aux envoyés en possession provisoire sont seulement ceux qui ont couru depuis le jugement d'envoi en possession ; les fruits et revenus antérieurs leur sont attribués en même temps que le capital et sont restituables comme lui. L'art. 126 en ordonne même le placement.

La portion de fruits restituable s'évalue sur le revenu net, car l'absent doit supporter une partie des réparations et des charges annuelles proportionnelle à la quotité du revenu qu'on lui rend.

§ 2. — *De l'envoi en possession définitif.*

A. — Conditions et formes.

2491. Moment où il devient possible. — Le régime de l'envoi en possession provisoire est temporaire ; il ne peut durer que trente ans au plus. Il est remplacé par l'envoi en possession définitif. Celui-ci est possible dans deux cas.

1° *Quand il y a trente ans que l'absence a été déclarée* (art. 129). La loi a mal déterminé le point de départ de ce délai de trente ans : elle le fait courir *du jour de l'envoi provisoire*. Cela n'a pas d'inconvénient, parce que la plupart du temps la déclaration d'absence et l'envoi provisoire sont prononcés par le même jugement (ci-dessus, n° 2469) ; mais il est possible que l'envoi provisoire n'ait été demandé que plus tard ou même n'ait pas été demandé du tout : l'envoi définitif n'en sera pas moins possible au bout de trente ans. C'est l'avis général (Dalloz, *Répert.*, v° Absence, n° 432, *Suppl.*, n° 56), combattu seulement par Laurent (t. II, n° 222), qui tient toujours à son système d'interprétation stricte au risque de donner aux lois un sens déraisonnable.

En outre l'envoi définitif peut n'être pas précédé d'un envoi provisoire, lorsque le conjoint présent a empêché cet envoi en optant pour la continuation provisoire de la communauté, comme il en a le droit (ci-dessus, n°s 1209 et suiv.).

2° *Quand il y a cent ans que l'absent est né* (art. 129). Son décès devient alors presque une certitude et la prolongation de l'envoi provisoire n'a plus de raison d'être. Il serait même possible que la demande d'envoi en possession définitive fût recevable dès le jour où l'absence est déclarée, si l'absent a disparu étant déjà près de sa centième année.

2492. Compétence et procédure. — L'envoi définitif ne se substitue pas de plein droit à l'envoi provisoire ; lui aussi a besoin d'être *prononcé par jugement* (art. 129 *in fine*). Le tribunal compétent est celui qui a déclaré l'absence (t. I, n° 622). Aucune règle de procédure n'a été établie par le Code ; dans l'opinion générale le tribunal n'est pas obligé de procéder à une nouvelle enquête. Voyez cependant Aubry et Rau, t. I, § 156, 4e édit., p. 622, 5e édit., p. 942.

B. — Effet de l'envoi définitif.

2493. Fin du régime de l'envoi provisoire. — Après l'envoi en possession définitif, toutes les mesures qui avaient été prises pendant l'envoi provisoire prennent fin, les *cautions* sont déchargées, et le *partage* définitif des biens peut être demandé (art. 129).On doit généraliser cette indication donnée par le texte; *aucune mesure n'est maintenue dans l'intérêt de l'absent.* Ainsi les envoyés en possession ne sont plus astreints à faire *emploi des capitaux.*

2494. Condition des envoyés en possession. — A partir de ce moment, les envoyés en possession sont, en principe, traités comme de véritables héritiers ; ils en ont tous les pouvoirs et toutes les charges.

Ainsi on leur reconnaît le droit d'*agir en réduction contre les donataires* de l'absent, droit qui leur est refusé pendant la période de l'envoi provisoire. Cela est admis, malgré le silence des textes, parce que cela paraît conforme à l'esprit de la loi, qui est d'assimiler les effets de l'envoi définitif à ceux de l'ouverture d'une succession. D'ailleurs si l'action en réduction ne s'ouvrait pas à ce moment, elle ne s'ouvrirait jamais, ce qui serait injuste pour les héritiers réservataires.

Cependant on écarte cette assimilation à un autre point de vue : *on ne considère pas les envoyés en possession comme obligés au paiement des dettes « ultra vires »*. C'est illogique, mais c'est l'effet d'une opinion très répandue qui rattache à la saisine l'obligation aux dettes (ci-dessus, n° 1939). Les envoyés en possession, qui sont obligés d'obtenir un jugement, n'ont pas la saisine légale ; donc, dit-on, on ne peut les obliger à payer les dettes indéfiniment. On a déjà vu que l'opinion qui sert de point de départ à cette théorie repose sur une confusion et n'est qu'une erreur (ci-dessus, n° 1940). Sa conséquence doit être rejetée en même temps qu'elle. N'est-il pas étrange que des enfants ou des collatéraux, qui seraient tenus du passif indéfiniment, s'ils avaient le moyen de prouver la date précise du décès de leur parent, soient investis de plein droit de la qualité d'héritiers bénéficiaires, sans aucune garantie pour les créanciers, uniquement parce qu'ils ne peuvent pas se procurer cette preuve ? Quelle raison y a-t-il à cela ? Aucune. Mais la question paraît ignorée dans la pratique, parce que quand l'envoi en possession définitif est prononcé il y a plus de trente-

cinq ans ou plus de quarante et un ans que l'absent a disparu et que ses dettes sont depuis longtemps réglées, éteintes ou prescrites.

2495. Droits de l'absent de retour. — La loi a dû prévoir le cas où l'absent reviendrait ou donnerait de ses nouvelles après l'envoi en possession définitif. Elle lui ouvre alors le droit de reprendre ses biens, mais en lui donnant action *seulement contre ceux qui ont obtenu l'envoi en possession* (art. 132). De là résultent les deux conséquences suivantes dont la portée n'est qu'imparfaitement exprimée dans la loi :

1° *Les actes de disposition fait par les envoyés en possession sont maintenus.* La loi dit que l'absent recouvre seulement « le prix de ceux [de ses biens] qui auraient été aliénés ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus » (art. 132). Les *tiers acquéreurs* sont donc à l'abri ; les envoyés en possession restituent seulement ce dont ils se trouvent enrichis. Cette règle s'appliquerait même aux simples constitutions de droits réels, comme les *servitudes* et les *hypothèques*. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer entre les aliénations gratuites et les ventes ou échanges.

2° *Les biens existants sont restitués dans l'état où ils se trouvent* (art. 132). Ceci veut dire que l'absent n'a le droit de réclamer aucune indemnité à raison des démolitions, transformations ou dégradations qui ont pu en diminuer la valeur. Les envoyés en possession ont pu se croire propriétaires définitifs et ne sont pas responsables envers lui.

En résulte-t-il, en sens inverse, s'il y a eu *amélioration,* que l'absent puisse reprendre ses biens sans indemniser les envoyés en possession de leurs dépenses ? On décide généralement que l'art. 132 est écrit en faveur des envoyés en possession, pour les décharger de toute responsabilité, mais que la loi n'a pas voulu les priver des droits qu'ils tiennent du droit commun (art. 555) et qu'il n'est pas permis à l'absent de retour de s'enrichir à leurs dépens.

On peut ajouter encore que l'absent devrait tenir compte aux envoyés en possession de tout ce qu'il ont payé à son acquit.

Du reste, les retours d'absents après quarante ans de silence sont infiniment rares et on ne signale pas de jurisprudence sur toutes ces questions.

TROISIÈME PARTIE

LES DONATIONS ET LES TESTAMENTS

2496. Division. — Il convient d'étudier d'abord la *théorie générale* qui représente *le droit commun* applicable aux donations et aux testaments, quand ces actes interviennent dans les conditions ordinaires et avec leurs caractères normaux.

L'étude des règles du droit commun se subdivise de la manière suivante :

1° Notions générales sur les modes de disposition à titre gratuit ;

2° Règles propres aux donations ;

3° Règles propres aux testaments ;

4° Règles communes à ces deux espèces de libéralités. Il y a avantage à rejeter ces dernières à la fin, bien que le Code les ait placées en tête (art. 896 à 930), parce qu'elles renferment plusieurs difficultés qui se comprennent plus aisément quand on connaît déjà les règles particulières des donations (art. 931 à 966) et celles des testaments (art. 967 à 1047).

Après avoir ainsi étudié le droit commun en matière de dons et de legs, il restera encore à voir les règles spéciales à *diverses variétés de libéralités*, faites dans des circonstances particulières et avec des caractères exceptionnels (donations par contrat de mariage ; donations entre époux ; substitutions ; fondations ; partages d'ascendant).

2497. Principaux textes antérieurs au Code. — Sur cette matière, il existait déjà en France, avant la confection du Code et en dehors du droit romain et des coutumes, une législation assez abondante. Ses principaux textes étaient :

1° Ancien droit. — 1° Ordonnance de février 1731, sur les *donations entre vifs*. — 2° Ordonnance d'août 1735 sur les *testaments*. — 3° Ordonnance d'août 1747 sur les *substitutions*. — 4° Lettres patentes du 3 juillet 1749 sur l'*insinuation*.

Les trois premiers de ces textes, dus au chancelier d'Aguesseau, ont été en grande partie reproduits par le Code.

2° Période intermédiaire. — 1° L. 14 novembre 1792 *prohibant les substitutions*. — 2° L. 17 nivôse an II, réunissant dans un même décret les *donations* et les *testaments* et les régissant avec une rigueur excessive. — 3° L. 4 germinal an VIII, abrogeant la précédente et la remplaçant par des dispositions plus douces.

THÉORIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

2498. Bibliographie. — I. *Ancien droit.* — Ricard, *Traité des donations*, 1652, réédité dans ses *Œuvres complètes* à plusieurs reprises, jusqu'en 1783. — Pothier, *Donations testamentaires*, 1777 ; *Donations entre vifs*, 1778 (éd. Bugnet, t. VIII). — Furgole, *Observations sur l'ordonnance... concernant les donations*, Toulouse, 1733 ; nouv. édit., 1761, en 2 vol. et dans ses *Œuvres complètes*. — Autres ouvrages sur les ordonnances de 1731 et 1735 : Guy du Rousseau de la Combe, 1733 ; Boutaric, 1744 ; Sallé, 1752 ; etc. — Furgole, *Traité des testaments*, 1779, 3 vol. in-4.

II. *Droit moderne.* — Grenier, *Traité des donations et des testaments*, 1826, 4e édit., augmentée par Bayle-Mouillard, 1847, 4 vol. — Coin-Delisle, *Commentaire analytique sur le titre des donations et testaments*, Paris, 1855, in-4. — Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 3e édit., 1905, 2 vol. in-8.

***2499. Nombre actuel des dispositions à titre gratuit.** — Il n'y a plus, d'après le Code Napoléon, que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : la *donation entre vifs* et le *testament* (art. 893). Ceci n'est vrai qu'au point de vue des *formes* : l'une est *contractuelle*, l'autre *unilatérale*. Mais, au fond, cela en fait trois, car nous avons véritablement deux espèces de donations entre vifs : la *donation de biens présents*, qui est de droit commun et qui opère une dévolution immédiate et la *donation de biens à venir*, qui n'est admise qu'en faveur du mariage ou entre époux, et qui opère une dévolution au décès seulement, comme le testament.

Formes anciennes disparues. — Anciennement on admettait encore le *codicille*, qui n'existe plus comme mode spécial, s'étant confondu avec le testament proprement dit, et la *donation à cause de mort*, qui a été suprimée.

Enfin on pratiquait la *démission de biens* et le *partage d'ascendant*, qui sont venus se fondre dans notre partage d'ascendant moderne, lequel est tantôt une donation entre vifs et tantôt un testament.

***2500. Double mode d'emploi de la donation et du legs.** — Bien que réduites à ces deux ou trois formes, les dispositions à titre gratuit présentent encore une souplesse assez grande, qui leur permet de faire face à tous les besoins de la pratique. En effet, il y a deux moyens de les employer.

1° Libéralités directes. — Le disposant peut attribuer directement à la

personne qu'il veut gratifier la qualité de donataire ou de légataire : alors l'accomplissement de la disposition ne met en jeu que deux personnes : le disposant et le gratifié.

2° Libéralités par intermédiaire. — Il existe un autre procédé extrêmement ancien, déjà très employé à l'époque romaine et dont la validité n'a jamais été discutée : c'est la *libéralité avec charges*. Le donataire ou légataire est bien encore *attributaire de la propriété des biens* [1], mais cette propriété n'est pour lui qu'une sorte de dépôt, il en a la garde, l'exploitation, la surveillance, la responsabilité ; il n'en a pas le *profit* : il est en effet obligé de remettre à des tiers, à des époques convenues, et sous des conditions déterminées par le disposant, les revenus qu'il tire des biens qu'on lui a donnés ou légués : les tiers qui les reçoivent sont les *bénéficiaires* de la charge ; c'est à eux vraiment qu'il faut reconnaître la qualité de *gratifiés*.

— Nous parlerons d'abord des libéralités directes ; les libéralités avec charges feront l'objet d'un chapitre spécial (ci-dessous, nos 3008 et suiv.).

§ 1. — *Notion générale de la donation entre vifs.*

****2501. Définition.** — L'art. 894 définit ainsi la donation : « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte. »

Un *acte*... Le projet soumis au Conseil d'État disait : « un *contrat* ». Ce fut le Premier Consul qui demanda le changement, sous le prétexte qu'un contrat « impose des obligations mutuelles aux contractants » et qu'ainsi ce nom ne saurait convenir à la donation dans laquelle le donateur est seul à s'obliger ou à aliéner, sans rien recevoir en retour. Il oubliait qu'il existe des contrats unilatéraux, et les conseillers d'État eurent la faiblesse de céder à cette observation maladroite du maître qui ne prouvait par là que son ignorance du droit. La donation est réellement un *contrat*, puisqu'elle se forme par un accord de volontés, mais c'est un contrat *unilatéral*.

La donation est plutôt un *phénomène économique* qu'un *acte juridique*. Il y a « donation » toutes les fois qu'il y a *enrichissement gratuit procuré intentionnellement par une personne à une autre*. Or il y a plusieurs manières juridiques de réaliser cet enrichissement. La plus simple et la plus pratique est la *dation gratuite* se présentant sous la forme d'un transfert immédiat de propriété, comme dans le don manuel ; mais ce n'est pas la seule. Il faut ajouter la simple *promesse*, qui est une dation différée, et tout le groupe des *donations indirectes* ou *accessoires*, analysées aux nos 2544 à 2552.

[1] C'est par là que la libéralité par intermédiaire se distingue de la *donation par personne interposée*, dans laquelle le donataire direct n'est gratifié qu'en apparence au moyen d'une libéralité purement fictive en ce qui la concerne. Voyez t. II, nos 1188-3° et 2269. Voyez aussi ci-dessous, nos 3017 et 3018.

A. — Éléments intrinsèques de la donation.

** **2502. Énumération.** — La donation suppose essentiellement un *appauvrissement* du donataire et cet appauvrissement est *gratuit* ; de plus il doit être *actuel et irrévocable* Il est en outre nécessaire de dire quelques mots de la *cause* en matière de donation.

1° Appauvrissement du donateur.

** **2503. Nécessité d'une dation.** — Cet appauvrissement consiste dans le *transfert d'un droit réel* au donataire qui s'enrichit exactement de tout ce dont le donateur s'appauvrit. Il n'est pas nécessaire que le droit transmis au donateur soit *la propriété d'une chose,* bien que ce soit le cas ordinaire ; on peut faire également une *donation de servitude* ou une *donation d'usufruit.* Aussi l'art. 894 emploie-t-il une expression vague en disant que le donateur « *se dépouille* ».

Une donation peut également avoir pour objet la *création d'une obligation* ; elle peut se faire *sous la forme d'une promesse,* le donateur s'engageant, par exemple, à payer une somme d'argent au donataire, à une époque déterminée ; mais cette promesse doit nécessairement *avoir pour objet une dation.* L'engagement d'exécuter un travail, un voyage, etc., peut être pris gratuitement ; ce sera un *service gratuit,* ce ne sera pas une donation, et les règles des donations ne lui seront pas applicables, notamment pour la capacité de donner et pour le rapport et la réduction : *donner,* c'est *dono dare* ; il n'y a donc de donation qu'autant que le donataire reçoit une *dation* ou *immédiate,* ou tout au moins *promise.* L'obligation de faire, non plus que le fait immédiatement exécuté, ne constitue pas une donation.

C'est pour cela que ni le *prêt à l'usage,* ni le *dépôt ordinaire* ne sont des donations, bien qu'ils supposent des prestations gratuites. C'est pour cela encore qu'une donation peut être réalisée par voie de *remise de dette,* car cette remise équivaut à deux traditions de l'objet dû, réalisées en sens inverse l'une de l'autre, la première *à titre de paiement* par le donataire, la seconde *à titre de don* par le donateur.

Comp. C. civ. allemand, art. 516 : « La disposition par laquelle une personne *en enrichit une autre aux dépens de son patrimoine* est une donation, lorsque les deux parties sont d'accord que la disposition est à titre gratuit. »

2° Gratuité de la donation.

** **2504. En quoi consiste la gratuité.** — La donation est un *contrat de bienfaisance* (art. 1105), c'est-à-dire que celui qui fait ou promet la dation ne stipule et ne reçoit rien en retour. Il s'appauvrit gratuitement et procure un enrichissement gratuit au donataire. C'est par là que la donation se distingue de la vente et l'échange [1].

[1] Sur la distinction de l'acte gratuit et de l'acte à titre onéreux, voyez les notes sous

***2505. Donations onéreuses.** — Une donation n'est pas toujours entièrement gratuite ; souvent des charges diverses sont imposées au donataire ; on a alors une *donation avec charges* ou *donation onéreuse*, qu'on appelle aussi quelquefois *donation sub modo* [1]. L'existence de ces charges peut diminuer ou même détruire complètement le caractère gratuit de l'acte.

Voyez ce qui en est dit ci-dessous, n°s 3009 et suiv.

2506. Donations rémunératoires. — Une donation est dite « rémunératoire », lorsqu'elle est faite en récompense ou rémunération d'un service reçu. Cette donation ressemble donc à l'acquittement d'une dette. Elle garde cependant sa nature de libéralité, sauf quand les deux conditions suivantes sont réunies :

1° Quand le service rémunéré est appréciable en argent ;

2° Quand la remise des choses données est inspirée par le désir de se libérer d'une dette, et non par un simple sentiment de reconnaissance, ce qui est un point de fait souverainement apprécié par les juges du fond.

En pareil cas, la donation présente tous les caractères du paiement. Il en résulte qu'on est dispensé d'observer pour elle les formes spéciales des donations (Cass., 7 janv. 1862, D. 62. 1. 188). Comp. Riom, 12 déc. 1883, D. 1885. 2. 101 ; Cass., 3 févr. 1846, D. 1846. 1. 159. Voyez aussi BRESSOLLES, *Don manuel*, n° 75 ; FABER, *De erroribus pragmaticorum*, I, 895-1°.

2507. Donations mutuelles. — Deux personnes peuvent se faire réciproquement une libéralité. L'acte ne perd pas pour cela son caractère gratuit. Cependant s'il résultait des circonstances que leur intention avait été d'établir une corrélation directe entre les deux transmissions, il y aurait alors un véritable *échange*, mal à propos qualifié de donation « mutuelle ».

C'est par la même distinction qu'on doit résoudre la question de savoir si les causes de résolution spéciales aux donations, la survenance d'enfant, par exemple, ou l'ingratitude du donataire, sont applicables à un pareil acte : ces causes supposent toutes la gratuité de l'acte.

Une autre question se posera : l'une des deux donations étant résolue, l'autre doit-elle tomber par voie de conséquence ? Je ne le crois pas : chaque libéralité a sa cause propre, qui est l'intention libérale de celui qui l'a faite : à moins d'une volonté contraire nettement exprimée, elle doit donc survivre à celle qui se trouve résolue. Lier les deux donations l'une à l'autre, ce serait reconnaître le caractère onéreux des transmissions effectuées.

Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91. 2. 113, et sous Trib. de Langres, 15 mars 1900, D. 1900. 2. 422. — Comp. Trib. de Mamers, 2 févr. 1875, D. 75. 5. 188, S. 75. 2. 150 ; Cass., 19 juill. 1894, D. 95. 1. 125 et les renvois.

[1] Les commentateurs ont appelé « modus » la charge imposée au donataire, et cette locution a été tirée d'une rubrique du Code : « De donationibus quæ sub modo... conficiuntur » (Liv. VIII, tit. 54). Mais jamais les anciens n'ont employé ce mot dans ce sens : la charge s'appelle pour eux *lex* ou *conditio donationis*, et l'expression « donatio sub modo » signifie « donation faite d'une certaine manière, qui n'est pas pure et simple ».

3e Irrévocabilité de la donation.

** **2508. Formule de la loi.** — La loi (art. 894) emploie deux adverbes (*actuellement* et *irrévocablement*) pour exprimer cette idée. Il faut bien se garder d'y voir l'indication de deux caractères distincts pour les donations : le mot « actuellement » est mis là simplement pour renforcer l'idée[1].

En effet on n'exige pas que le dessaisissement du donateur soit immédiat. Par exemple, quand la dation a pour objet un corps certain, il n'est pas besoin que le donateur *aliène la propriété* immédiatement et d'une façon pure et simple : la donation peut fort bien se faire *à terme* ou même *sous condition suspensive*, et cela se fait très souvent. Ce que la loi veut dire, c'est que l'acte doit être conclu *d'une manière définitive*, sans quoi il n'y aurait pas de donation.

On cite à ce sujet ce passage de Dumoulin : « In donatione duo sunt dispositio et executio : dispositio statim ligat nec suspenditur, licet executio habeat tractum ad mortem. » Si le mot « actuellement » doit avoir un sens, il fait donc allusion simplement à la *perfection de la donation comme engagement pris par le donateur* ; il ne signifie pas du tout que le donateur doive se dépouiller immédiatement de la *possession* de la chose, ni même du *droit de propriété* ou autre, qui fait l'objet de la donation, puisqu'il peut le donner conditionnellement.

Renvoi. — L'irrévocabilité des donations entre vifs est un de leurs caractères propres en droit français, et peut-être le plus remarquable ; il fera plus loin l'objet d'un chapitre spécial (nos 2592 à 2627). Nous nous bornerons à dire ici que le donateur ne doit, en principe, se réserver aucun moyen de revenir sur la donation pour reprendre ce qu'il avait donné.

4° De la cause des donations.

* **2509. Jurisprudence.** — On sait déjà que la jurisprudence exige une *cause licite* pour toutes les obligations, et qu'en matière de donations cette cause ne peut être que le *motif* qui détermine la libéralité [2]. Voyez t. II, n° 1038-3°. D'après un arrêt, la preuve de la cause déshonnête ne pourrait être cherchée que dans l'acte même de donation (Rennes, 4 juin 1894, D. 97. 1. 449, S. sous Cass., 97. 1. 89). Cette solution n'est pas exacte, la loi ne dit rien qui la justifie ; voyez la critique de l'arrêt par M. Sarrut, dans le *Dalloz*. Elle a été depuis condamnée par la Cour de cassation, qui a jugé que la preuve du caractère illicite de la cause peut se

[1] C'est ce qui se vérifie par l'étude de la jurisprudence où les deux caractères d'actualité et d'irrévocabilité ne se présentent jamais séparés. Cependant quelques auteurs les distinguent et disent que l'*actualité* du dessaisissement sépare la donation du testament, tandis que l'*irrévocabilité* sépare la donation entre vifs de la donation à cause de mort (Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, t. II, p. 345, n° 1). Mais si la donation à cause de mort n'emportait pas le dessaisissement actuel du donateur, c'est justement parce qu'elle était révocable : l'un ne va pas sans l'autre.

[2] Le Code allemand oblige de même à restitution celui qui a reçu une prestation dans de telles conditions qu'en l'acceptant il a contrevenu à une défense légale ou aux bonnes mœurs (art. 817 C. civ. allemand). C'est la *condictio ob turpem causam* des Romains qui permet de répéter un enrichissement procuré à autrui pour une cause illicite ou immorale.

tirer de documents extrinsèques ou de circonstances particulières (Cass., 2 janv. 1907, D. 1907. 1. 137).

Nos anciens auteurs distinguaient en matière de libéralités deux espèces de *causes* ou de *motifs* : l'une était indispensable à la validité de l'acte ; l'autre était indifférente, et la libéralité restait valable, quoique sa cause fût illicite, immorale, ou fausse. Ils appelaient la première *cause finale* et la seconde *cause impulsive*. Exemples : « La fausseté de la cause [impulsive] ne vicie point la disposition... la cause ne peut être réputée finale que quand il est prouvé que le testateur n'a disposé qu'en considération de cette cause, et qu'il ne l'aurait pas fait sans cela » (FURGOLE, *Des testaments*, ch. VII, sect. 3, n° 8). La jurisprudence a adopté cette théorie, mais en amalgamant les deux expressions en une seule ; elle appelle *cause impulsive et déterminante* le motif qui lui paraît avoir eu une gravité telle aux yeux du disposant que la disposition lui paraît manquer de cause si le motif est faux ou contraire à la loi ou à la morale. Elle a adopté cette formule en 1860 pour annuler des donations faites à des concubines ou à des enfants adultérins (Cass., 26 mars 1860 et 31 juill. 1860, cités au n° 3035, ci-dessous) ; puis elle s'en est servie, à partir de 1863, pour éluder l'application de l'art. 900 au cas où la libéralité est affectée d'une condition illicite à la réalisation de laquelle le disposant attachait une importance particulière (ci-dessous, n° 3034). On n'a jamais pu fournir de criterium pour distinguer ces deux espèces de causes ou de motifs, ni pour distinguer le motif de la cause. En réalité, tout se ramène à une question de fait ; tout dépend de l'interprétation qu'on donne à la pensée du disposant. Aurait-il testé ou donné quand même il eût connu la fausseté de son motif ? Le motif illicite ou immoral a-t-il été déterminant sur sa volonté ? Comme le disait déjà Papinien : « Exceptio doli locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse » (PAPINIEN, au *Digeste, De conditionibus....*, liv. XXXV, tit. 1, fr. 72, § 6).

Toutefois ces cas de révocation doivent rester rares [1]. On soumettrait les donations et surtout les testaments à une dangereuse épreuve, si on recherchait toujours les motifs que le disposant a pu avoir en faisant ses libéralités. C'est pour cela que certains arrêts veulent que la nature des motifs et l'intention du disposant ressorte des termes mêmes employés par lui (Rennes, 4 juin 1894, précité ; Paris, 10 mars 1899, S. 99. 2. 303. — Comp. Limoges, 8 mars 1843, S. 44. 2. 82 ; Rennes, 11 avril 1905, D. 1906. 2. 257). C'est pour la même raison qu'on voit la jurisprudence adopter tour à tour des solutions qui paraissent contradictoires : d'une part, elle annule un grand nombre de libéralités pour *cause immorale*, quand le motif qui les a inspirées lui paraît immoral ; de l'autre, elle décide parfois que les motifs qui déterminent une libéralité n'en sont point la *cause juridique*, et que, par suite, quelque immoraux qu'ils aient pu être, ils n'entachent point sa validité (Trib. Seine, 10 nov. 1893, D. 95. 2. 115).

[1] On a déjà vu (t. I, n° 1302) que la jurisprudence annule, comme ayant une cause illicite, les donations (promesses de pension) faites pour assurer l'exécution d'une séparation de corps amiable, convenue entre les parties (Cass., 2 janv. 1907, D. 1907. 1. 137, P. et S. 1911. 1. 585).

B. — Caractères extrinsèques de la donation.

** **2510. Solennité.** — Dans le système français la donation est un contrat solennel, qui doit être fait *par-devant notaires* (art. 931), à peine de nullité. Toutefois cette règle ne s'applique qu'aux donations faites ouvertement et franchement, et pour lesquelles on dresse un acte spécial destiné à les constater. Par suite, cette règle n'empêche pas qu'un grand nombre de donations peuvent se faire sous d'autres formes et sans notaires (ci-dessous, nos 2523 et suiv.). Sur les contrats solennels, voyez t. II, nos 992 à 994.

** **2511. Acceptation du donataire.** — Une autre singularité de la donation est l'acceptation spéciale et expresse dont elle doit être l'objet de la part du donataire. Voyez ci-dessous, nos 2562 à 2570.

§ 2. — *Notion générale du testament.*

** **2512. Définition.** — D'après l'art. 895, le testament est un *acte révocable,* par lequel le testateur dispose, *pour le temps où il ne sera plus*, de tout ou partie de ses biens[1].

Comparez la définition de Modestin : « Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit » (*Dig.*, liv. XXVIII, tit. 1, fr. 1). Cette définition est plus large que celle du Code Napoléon, qui n'envisage le testament que comme un moyen de transmettre ses biens, tandis qu'il peut contenir bien d'autres *dispositions de dernière volonté*, notamment sur le mode de sépulture, sur la tutelle des enfants, etc.

Il semble, d'après la définition légale, que l'acte qui ne contient aucune disposition relative aux biens ne soit pas un testament, et c'est aussi ce que soutiennent quelques auteurs. Mais alors qu'est-il ? Tout acte de dernière volonté qui contient une disposition que la loi permet de faire sous cette forme est un testament. L'opinion contraire confond, comme le fait trop souvent le vulgaire, *testament* et *legs*.

2513. Terminologie. — Celui qui fait le testament s'appelle *testateur* : la disposition qu'il fait de ses biens s'appelle *legs* ; celui qui en bénéficie s'appelle *légataire*.

Le mot « legs » n'est pas, comme le dit Littré, un substantif dérivé de léguer et dans lequel l's du nominatif se serait conservé. La forme « legs » est moderne et ne remonte pas au delà du XVIe siècle. Dans tous les textes anciens les formes sont *lais* ou *lès* et leurs variantes, dérivées du verbe *laisser* ou *lessier* ; un lais est ce que le défunt laisse en mourant à quelqu'un. Quant au mot dérivé du latin *legatum,* il existait aussi, et sa forme était *legat*, au pluriel *legaz*. Voyez ces différents mots dans le *Dictionnaire de l'ancienne langue,* de Godefroy.

[1] Le testament doit contenir l'expression actuelle de la volonté du testateur, bien qu'il soit destiné à produire son effet seulement à sa mort. Quand le rédacteur de l'acte parle au futur, il peut y avoir doute pour savoir si on se trouve en présence d'une rédaction définitive ou d'un simple projet. Un testament ainsi conçu : « Je déclare que mon intention formelle... » a été déclaré valable (Cass., 23 févr. 1914, D. 1914. 1. 311).

2513 *bis*. Transformations successives. — Le testament romain n'est pas venu jusqu'à nous ; il a disparu lentement au commencement du moyen âge, sous la double influence des coutumes germaniques et des doctrines canoniques. Au IXe siècle son rôle est entièrement fini. D'autres manières de disposer le remplacent, quelquefois qualifiées *testamentum*, bien qu'il s'agisse de dispositions entre vifs. Puis la renaissance des études juridiques amène avec elle une sorte de *restauration* du testament, qui reparaît dans l'usage au XIIIe siècle, avec la plupart de ses caractères anciens ; toutefois ce nouveau testament, tout empreint de l'esprit coutumier, ne comporte pas l'*institution d'héritier* essentielle au testament romain. Sur cette « Évolution du testament en France, des origines au XVIIIe siècle », voyez la remarquable thèse de M. HENRI AUFFROY, Paris, 1899.

2514. Le droit de tester. — La possibilité pour l'homme de disposer de ses biens après sa mort a fait l'objet de nombreuses discussions dans les temps modernes, principalement parmi les philosophes et parmi les économistes. Voyez pour les premiers les opinions de Grotius et autres et les idées philosophiques des auteurs du Code sur le droit de tester, analysées par M. VALLIER, *Fondement du droit successoral*, §§ 184 et suiv. et §§ 336 à 342 ; et pour les seconds voyez l'article « Successions », de M. DE PARIEU, dans l'ancien *Dictionnaire d'économie politique*, de Coquelin et Guillaumin, et CAUWÈS, *Traité*, t. III, n° 993. L'organisation du testament n'est pas un fait primitif dans le développement des législations ; il s'y est introduit plus ou moins tôt, selon les différentes races ; il a pu depuis lors subir quelques reculs ; par exemple, dans la France coutumière, où il ne servait plus guère qu'à faire des legs pieux, et non à régler la dévolution de la fortune, mais il n'a jamais disparu entièrement et il est peu vraisemblable que cela lui arrive jamais. Le pouvoir de disposer de son bien par décès est une suite naturelle du pouvoir d'en disposer entre vifs ; c'est la disposition différée à l'extrême limite de la vie.

Il ne faut pas confondre les discussions qui portent sur le *droit* de tester avec celles qui ont pour objet la *liberté* de tester : ces dernières supposent admise l'existence du testament et portent seulement sur les *réserves héréditaires* accordées à certains parents, qui gênent la liberté du testateur. Sur la liberté de tester, voyez ci-dessous, n° 3050.

**** 2515. Formes du testament.** — Comme la donation, le testament est un *acte solennel*, qui doit être fait dans certaines formes déterminées par la loi. Mais le droit français se montre beaucoup plus large pour lui que pour la donation, en laissant aux particuliers le choix entre plusieurs formes et en leur permettant même de rédiger leurs dernières volontés par acte sous seing privé. On peut donc se demander en quoi un testament fait sous cette forme est un *acte solennel* : le *testament notarié* l'est au plus haut point, car il est entouré de toutes sortes de causes de nullité ; mais pour le *testament olographe* les quelques règles que pose la loi sont des conditions et des preuves de sincérité, plutôt que des solennités de forme. Néanmoins il y a encore ici quelque chose qui constitue une solennité : c'est l'*écriture*, qui doit être tout entière de la main du testateur.

Par suite une *déclaration de volonté faite verbalement* n'aurait aucune force légale, pas même si elle était accompagnée d'une *promesse d'exécution*, faite par les héritiers présomptifs du défunt, pas même encore si ces déclarations de volonté étaient constatées par écrit comme pour un contrat : ce n'est pas là la forme spéciale qu'exige la loi. Voyez pourtant t. II, n° 342.

*** 2516. Objet du testament.** — Il n'est pas nécessaire que celui qui fait son testament dispose *de la totalité de ses biens* ; il peut se borner à en

léguer une partie, aussi minime qu'il voudra, et ce sera valable. La loi a pris la peine de le dire dans l'art. 895, parce qu'il existait en droit romain une règle contraire, d'après laquelle le testament devait nécessairement régir l'ensemble de l'hérédité : « Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest. »

***2517. Comparaison avec la donation.** — Le testament diffère de la donation entre vifs sur deux points :

1° Il ne produit jamais d'effets qu'*après la mort du testateur,* tandis que la donation ordinaire doit recevoir son effet *du vivant même du disposant.* Celui qui donne se dépouille lui-même de son bien ; celui qui teste ne dépouille que ses héritiers.

Toutefois cette première différence n'est pas absolument caractéristique parce que la donation entre vifs ne porte pas nécessairement sur les *biens présents* ; dans certains cas exceptionnels la loi autorise des donations portant sur les *biens à venir,* c'est-à-dire sur les *biens que le disposant laissera à son décès* (art. 1082 et 1093) : on obtient ainsi, au moyen d'une donation, un effet comparable à celui du testament. La donation de biens à venir est donc un acte intermédiaire entre le testament et la donation ordinaire.

2° Le testament est *essentiellement révocable,* tandis que l'irrévocabilité est une des règles fondamentales des donations.

C'est ce qui fait dire souvent que *le testament n'est qu'un projet* pendant toute la vie du testateur ; c'est l'expression de sa dernière volonté, qu'il a rédigée d'avance dans la crainte d'être surpris par la mort, mais qu'il est réputé émettre seulement en perdant la vie.

Toutefois ici encore le criterium se trouve en défaut, car il y a des donations qui sont, elles aussi, révocables comme les testaments : ce sont les donations entre époux (art. 1096), Pour de pareilles donations la distinction ne peut se faire que *par la forme de l'acte,* celle des donations n'étant pas la même que celle des testaments, et cette simple différence de forme entraîne à sa suite toutes les règles de fond qui diffèrent profondément entre elles.

***2518. Extension de la cause aux libéralités testamentaires.** — Bien que les art. 1131 à 1133 ne parlent pas expressément des donations, il est certain qu'ils s'appliquent aux obligations contractées à titre gratuit aussi bien qu'aux autres ; ce sont des dispositions générales pour toutes les obligations conventionnelles. Mais s'il est nécessaire que la libéralité ait une cause licite, quand elle a lieu entre vifs, pourquoi se montrerait-on moins exigeant pour les libéralités *testamentaires* ? Et cependant le Code n'a établi cette règle que pour les obligations *conventionnelles,* comme le prouve la place occupée par ces articles. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette distinction : pour elle les articles précités établissent une règle générale pour toute obligation dérivant de la volonté de l'homme, commune par conséquent aux libéralités testamentaires et aux libéralités entre vifs (Dalloz, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs, n°s 243 et suiv.). Comp. n° 2509, ci-dessus. Voyez aussi les arrêts de 1860 et 1862 cités ci-dessous, n°s 3034 et 3035.

Le caractère illicite ou immoral de la cause peut être établi par tous les moyens ; il n'est pas nécessaire qu'il apparaisse dans le testament lui-même, ni qu'il soit établi par écrit (Cass., 21 mars 1898, D. 1903. 1. 403, et la note de M. Sarrut ; Cass., 4 mars 1914, D 1916. 1. 27). Auparavant, il y avait des arrêts contraires. Comparez ce qui est dit, au n° 2509, ci-dessus, de la cause illicite ou immorale en matière de donations.

§ 3. — *De la donation à cause de mort.*

*** 2519. Sa nature.** — La donation à cause de mort, usitée encore dans notre ancien droit, était une libéralité qui se faisait *par contrat*, comme la donation entre vifs, mais qui produisait *à peu près l'effet d'un testament*, avec lequel elle offrait les deux ressemblances suivantes.

1° Condition de survie du donataire. — L'effet de la donation à cause de mort était essentiellement subordonné au *prédécès du donateur* : le donataire survivant conservait le bénéfice de la donation, tandis que, s'il mourait le premier, la donation s'évanouissait.

2° Révocabilité. — La donation à cause de mort était révocable au gré du donateur, comme l'est encore le testament. Ce second caractère n'était pas *de l'essence* de la donation à cause de mort d'après le droit romain, mais seulement *de sa nature* : la faculté de révocation était sous-entendue dans la donation, mais une clause expresse pouvait l'enlever au donateur. Mais dans notre ancien droit il avait fini par prendre le pas sur le précédent : c'était cette révocabilité qui caractérisait la donation à cause de mort. Voici par exemple la formule à laquelle s'arrête Ferrière : « Les donations entre vifs *saisissent* et sont irrévocables ; les donations à cause de mort sont révocables et *ne saisissent point* » (*Dictionnaire de droit*, v° Donation).

2520. Son emploi. — Ce genre de libéralités était surtout usité dans le Midi où il remplaçait le testament pour les fils de famille. En pays de coutume on ne s'en servait guère que dans les cas où le donateur se croyait en danger de mourir prochainement, et où il donnait en prévision de cette mort. Du reste leur emploi y était généralement rejeté à cause de la règle « Donner et retenir ne vaut » (Laurière, sous l'art. 273 de la coutume de Paris) ; elles soulevaient cependant de nombreuses difficultés pour savoir dans quels cas une donation pouvait être nulle comme étant faite à cause de mort. Voyez les exemples dans Pothier, *Donations*, n° 11 et suiv.

2521. Sa disparition. — Dès le xviie siècle, Ricard combattait ceux qui distinguaient en la forme la donation à cause de mort du testament (*Donations*, chap. ii, n° 37 à 43). Le 3 février 1713 un arrêt du Parlement de Paris jugea que celui qui dispose des biens qu'il aura au jour de son décès fait une disposition de dernière volonté et que cette disposition est nulle si elle n'est pas revêtue des formes prescrites par les testaments. Cette jurisprudence ne tarda pas à devenir la loi. L'ordonnance de 1731, art. 3, décida qu'à l'avenir il n'y aurait plus que deux formes de disposer, la donation entre vifs et le testament, et que toutes les donations à cause de mort, sauf celles qui se feraient par contrat de mariage, devraient être faites *dans la forme testamentaire*. Voyez le texte en note dans Tripier, sous l'art. 893.

Depuis 1731 la donation à cause de mort a donc disparu, *comme forme particulière de disposition*. L'art. 893 a conservé cette prohibition en reproduisant presque littéralement la partie finale de l'art. 3 de l'ordonnance.

2522. État actuel du droit. — La donation à cause de mort est impossible ; cependant nous sommes encore tout près de l'avoir conservée.

En effet, il faut considérer que cette espèce de donation ne fait pas l'objet d'une prohibition directe, qui la proscrive pour elle-même ; elle est seulement *interdite en tant qu'elle serait incompatible avec les principes établis par le Code pour les donations*. Or cette incompatibilité n'existe que pour *la faculté de révocation*, qui est absolument condamnée par nos lois ; mais du moment où la donation est faite d'une manière irrévocable et où le donateur satisfait par là aux exigences du Code, il lui est loisible de

subordonner sa donation à la *condition de survie du donataire* : cette clause est permise et la donation ainsi faite sera valable (Cass., 8 nov. 1886, D. 87. 1. 487, S. 87. 1. 33 ; Lyon, 5 janv. 1891, D. 92. 2. 509). La jurisprudence moderne, de même que l'ancienne, considère donc que le trait caractéristique de la donation à cause de mort était sa révocabilité. Ainsi l'on peut aujourd'hui encore faire des donations caduques par le prédécès du donataire. Sur un cas de donation déclarée nulle comme étant faite à cause de mort, voyez Cass., 14 mai 1900, D. 1900. 1. 358.

Il existe encore quelques variétés de donations qui se rapprochent singulièrement de la donation à cause de mort : la *donation de biens à venir* et la *donation entre époux* ; cette dernière surtout, qui est révocable, rappelle de très près le type ancien. Ceci sera expliqué dans les chapitres consacrés à chacune d'elles.

On doit remarquer que la disparition des donations à cause de mort n'a pas créé une lacune dans nos institutions juridiques. Celui qui veut disposer de ses biens pour l'époque de son décès, tout en se réservant de son vivant la faculté de révoquer sa libéralité, n'a pas besoin de faire intervenir son donataire pour lui faire accepter son offre dans une forme contractuelle, puisque cette acceptation ne donne au contrat aucune solidité. La forme unilatérale du testament suffit donc pour remplir cet office.

2522 *bis*. **Bibliographie.** — Justin Bauby, *De la donation à cause de mort sous le Code Napoléon* (*Revue critique*, 1856, t. VIII, p. 232). — Glasson, *Étude sur les donations à cause de mort*, 1870. — Barilleau, *Des donations à cause de mort*, thèse, Poitiers, 1878.

CHAPITRE II

RÈGLES PROPRES AUX DONATIONS

Section I. — Formes des donations.

****2523. Solennité de la donation.** — La donation entre vifs est un *contrat solennel* (voyez ci-dessus, n° 2510 et t. II, n°s 992-994), pour lequel le consentement des parties ne suffit pas ; si les solennités ou formalités requises par la loi n'ont pas été remplies, l'acte est atteint d'une *nullité radicale* qui le réduit à l'état d'*inexistence juridique* : il a beau avoir été accompli, la loi n'en tient aucun compte. Voyez t. I, n° 349.

Les *formalités requises par la loi* pour les donations sont au nombre de trois :

1° La rédaction d'un *acte notarié* ;

2° L'*acceptation expresse* du donataire ;

3° La rédaction d'un *état estimatif* pour les donations de meubles.

L'acceptation soulève diverses difficultés qui ne sont pas des questions de forme ; tout ce qui la concerne sera réuni dans une section à part (ci-dessous, n°s 2562 et suiv.). Nous n'avons donc à nous occuper pour le moment que de la rédaction d'un acte notarié et d'un état estimatif.

2524. Division. — La loi exige en principe pour les donations la rédaction d'un acte notarié ; toutefois il y a plusieurs manières de faire des donations valables sans l'intervention des notaires. Il convient donc de considérer séparément 1° les donations qui se font selon la règle dans la forme notariée et 2° celles qui échappent à cette règle.

§ 1. — *Donations faites par acte notarié.*

A. — Formalité requise.

****2525. Disposition de la loi.** — C'est l'art. 931 qui formule la règle en ces termes : « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire,* dans la forme ordinaire des contrats, et *il en restera minute, sous peine de nullité.* » Ce texte est le résumé des art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1731.

2526. Origine et motif de la règle. — Notre ancien droit n'exigeait pas l'authenticité ; il en fut ainsi au moins pendant longtemps. Sans aller aussi loin que le droit romain de Justinien, qui permettait de faire la donation « vel sine scriptis », on se contentait d'un écrit quelconque ; mais comme il y avait sur ce point beaucoup de controverses et d'incertitudes, le chancelier d'Aguesseau formula une règle précise, et par l'ordonnance de 1731 établit l'*authenticité obligatoire* des donations.

Les motifs qui le poussèrent à cette obligation sont au nombre de deux :

1° La protection du donateur. — Il voulut d'abord assurer la liberté du donateur : souvent la donation est *captée* plus ou moins frauduleusement ; celui qui donne et se dépouille au profit d'autrui agit sous une influence étrangère qui domine sa volonté. On a pensé que l'intervention obligatoire d'un notaire était de nature à écarter ou à diminuer ces influences, et lui donnerait tout au moins le temps de la réflexion.

2° La révocabilité de la donation. — Cette considération paraît avoir été la principale. Avec un acte sous seings privés, le donateur aurait eu en fait le moyen d'anéantir la libéralité en supprimant le titre. Afin d'assurer le caractère d'irrévocabilité, auquel on attachait tant d'importance dans l'ancien droit, d'Aguesseau voulut que la donation fût reçue par un notaire et *qu'il en restât minute* dans son étude : cette précaution a été conservée par le Code. Un *acte en brevet* aurait offert les mêmes dangers qu'un acte sous seings privés, car l'original en brevet est remis aux parties et le notaire n'en conserve pas même la copie.

D'ailleurs, on aurait pu se dispenser de le dire expressément, car telle est la règle : les actes notariés sont des minutes qui restent chez le notaire : la forme du brevet n'est possible que dans les cas spéciaux où la loi l'autorise (L. 25 ventôse an XI, art. 20).

2527. Présence du notaire en second. — On sait déjà qu'une loi du 21 juin 1843, régularisant une pratique devenue générale, avait autorisé la réception des actes

notariés par un seul notaire, en permettant que le second notaire les signât ensuite en l'absence des parties (t. II, n° 143). Toutefois cette loi avait maintenu, pour un certain nombre d'actes, la nécessité de la *présence réelle* du second notaire ou des deux témoins qui le remplacent, dits *témoins instrumentaires*. La donation est du nombre de ces actes exceptionnels et la même exception a été maintenue en 1902 : il y aurait donc vice de forme et nullité radicale de l'acte, si la donation était reçue hors la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843, art. 2 ; L. 25 ventôse an XII, art. 9, modifié par la loi du 12 août 1902).

2528. Donation par un sourd-muet. — Une difficulté s'est présentée quand le donateur est sourd, surtout quand il est illettré. On a prétendu qu'il ne pouvait manifester sa volonté d'une manière certaine, qu'il ne pouvait se rendre compte du contenu de l'acte, ne sachant pas lire, et enfin que la lecture à haute voix, qui est une formalité essentielle, ne pouvait pas lui être faite utilement. Les auteurs anciens sont très divisés (voyez les citations dans Sirey, *Table générale*, t. II, p. 210, n° 56) ; mais la jurisprudence a admis la validité des donations faites par les sourds-muets, ne sachant ni lire ni écrire, pourvu que le disposant ait manifesté son intention d'une manière certaine, et que les clauses du contrat lui aient été expliquées (Cass., 30 janv. 1844, D. 44. 1. 49, S. 44. 1. 102 ; Cass., 17 déc. 1878, D. 79. 1. 409).

2529. Forme des procurations. — Lorsque le donateur, au lieu de consentir lui-même la donation, donne mandat à quelqu'un pour la faire à sa place, le mandat doit être donné *dans la forme authentique*, et en la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843, art. 2).

La question avait été auparavant très débattue. On soutenait qu'une procuration sous seing privé suffisait, à cause de la généralité des termes de l'art. 1985. Mais cet article ne formule qu'une règle générale, qui comporte des exceptions, et l'art. 931 en nécessite une, puisqu'il exige l'authenticité dans l'intérêt des parties elles-mêmes, et spécialement du donateur ; il est donc nécessaire que la volonté de donner soit émise par lui dans la forme authentique.

2530. Comparaison avec le Code allemand. — Le Code civil allemand exige comme le nôtre la forme authentique pour les *promesses de donation*, qui doivent être « constatées en justice ou par acte notarié » (art. 518). Toutefois cet article ajoute que « le défaut de forme est couvert par l'exécution de la prestation promise ».

B. — Sanction.

***2531. Nullité radicale de la donation.** — En l'absence de la formalité exigée par la loi, la donation est *nulle*, de nullité radicale ou absolue (t. I, n° 349) ; d'autres disent qu'elle est *inexistante*, et les uns et les autres s'en font la même idée ; c'est l'inefficacité complète au point de vue juridique. L'art. 1339 en tire une conséquence directe en disant que la *donation nulle en la forme ne peut pas être confirmée* : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit *refaite en la forme légale*. » — La confirmation n'est possible que pour les actes qui sont simplement *annulables* (t. I, n°s 339-3° et 343-3°).

Cette donation devra donc être recommencée, et naturellement ses effets ne dateront que du jour où elle aura été faite dans une forme régulière, puisque la première ne compte pas.

**** 2532. Changement produit par la mort du donateur.** — A ce principe, qui est conforme aux règles ordinaires, l'art. 1340 apporte une

grave dérogation ; lorsque le donateur est mort, la donation, nulle en la forme, inexistante si l'on veut, peut être *ratifiée par les héritiers du donateur*, comme si elle était simplement annulable.

Cette disposition est tout à fait remarquable. On a cherché à la justifier de plusieurs manières. On a dit que la nullité de la donation laissait subsister une obligation naturelle qui se transformait en obligation civile par la ratification des héritiers. Mais une simple obligation naturelle ne se transforme pas en une obligation civile par le seul effet d'une confirmation ; ce serait contraire à la règle : *confirmatio nil dat novi*. Ce n'est pas une *confirmation* qu'il faudrait alors, mais bien une *novation*. De plus, l'obligation naturelle existerait aussi bien pour le donateur que pour ses héritiers et on ne comprendrait pas la différence que la loi fait entre eux. — La vérité est donc que *la nullité change de nature à la mort du donateur* : d'absolue qu'elle était, elle devient relative. Cette décision exceptionnelle de la loi ne peut s'expliquer que par une considération particulière : l'authenticité de la donation était exigée pour assurer la libéralité du donateur, pour éviter qu'il ne dépouillât sa famille sous l'influence d'une volonté étrangère : lui mort, ses héritiers sont mis à même d'agir pour défendre leurs droits ; s'ils y renonçent, c'est qu'ils reconnaissent que la donation était loyale et la volonté de leur auteur pleinement libre. La loi n'a pas à se montrer plus difficile qu'eux.

§ 2. — *Donations valables sans acte notarié.*

****2533. Exceptions au principe.** — Malgré la généralité apparente des termes de l'art. 931, il y a des donations qui peuvent se faire valablement sans acte notarié. En effet la loi n'exige la forme authentique qu'autant qu'on dresse un acte spécial pour constater la donation : « *Tous actes* PORTANT *donation...* » Or il est souvent possible de réaliser une donation, c'est-à-dire de faire acquérir un profit gratuit à quelqu'un, sans dresser spécialement un acte de ce genre. Ceci arrive dans cinq cas :

1° Pour les donations qui peuvent se faire *par simple tradition* et qu'on appelle des *dons manuels* :

2° Pour les donations opérées par un *transfert de titres nominatifs* ;

3° Pour les *donations indirectes* qui se réalisent par la *renonciation à un droit* ;

4° Pour les *libéralités accessoires d'un contrat onéreux* ;

5° Pour les *donations déguisées*.

La formule employée par l'art. 931 ne signifie donc pas : « Toutes donations devront être faites par-devant notaires. »

A. — Dons manuels.

2534. Bibliographie. — PAUL BRESSOLLE, *Théorie et pratique des dons manuels*, 1885. — MAURICE COLIN, *Étude de jurisprudence et de législation sur les dons manuels*, 1885. — GILLIER, *Des pactes adjoints aux dons manuels*, thèse, Paris, 1913.

****2535. Définition.** — On appelle « don manuel » la *donation d'un*

meuble corporel réalisée par simple tradition. De là le nom de ce genre de donations : « don manuel » signifie « donation faite de la main à la main ».

2536. Dispense de toutes formalités. — Les dons manuels sont valables, malgré l'absence de toute forme. La tradition réelle de l'objet suffit pour en transférer la propriété à titre de don. C'est le seul cas où la tradition subsiste encore en droit français comme mode de transfert, distinct de la convention, puisqu'ici la simple promesse serait inefficace. Comp. t. I, n° 2744.

***2537. Validité des dons manuels.** — Cette validité n'a jamais été sérieusement contestée ; en tout cas elle est aujourd'hui admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence (voyez cependant Labbé, note sous Paris, 30 déc. 1881, S. 83. 2. 241). Notre droit a sur ce point une tradition constante. Voyez les anciens arrêts et les opinions des anciens jurisconsultes rapportés dans Bressolles, *op. cit.*, p. 51 à 79 [1]. D'Aguesseau lui-même, le rédacteur de l'ordonnance de 1731, admettait cette validité, et le Code, qui reproduit le texte de l'ordonnance, doit être entendu dans le même sens [2]. Enfin le don manuel a été implicitement reconnu par la loi budgétaire du 18 mai 1850, art. 6, qui a soumis au droit qui frappe les donations les actes et jugements contenant reconnaissance de don manuel.

2538. Leur importance croissante. — Au temps de d'Aguesseau, les dons manuels étaient peu de chose. Que pouvait-on donner de la sorte ? Un peu d'argent, des objets mobiliers, un bijou, un brillant. Aujourd'hui, avec le développement des valeurs mobilières qui peuvent être mises sous la forme du titre au porteur, c'est parfois *une fortune entière* qui se donne de la main à la main. Aussi a-t-on vu se produire des discussions sur l'opportunité d'une *limitation des dons manuels*. C'est l'opinion qui a été défendue notamment par M. Colin (*op. cit.*, p. 224) et cette solution a été quelquefois admise par les tribunaux italiens (arrêts cités par M. Colin, *ibid.*, p. 229). Ce système a de graves inconvénients pratiques ; le don manuel ne peut pas être empêché ni interdit et toute limitation serait arbitraire. Il faut donc se résigner à le permettre, quel que soit le chiffre de la valeur donnée.

Quelques législations étrangères ont cependant fixé une limite à la valeur des dons manuels : Canton de Vaud, 500 ducats ; Portugal, 36 000 reïs (1 080 fr.) ; Espagne, 500 maravédis d'or (environ 2 838 fr.). Mais ces législations sont fort peu nombreuses.

****2539. Choses susceptibles de don manuel.** — C'est une règle traditionnelle que le don manuel ne s'applique qu'aux *objets mobiliers*, et encore faut-il que ces objets soient *corporels* [3]. Une *créance, chose incor-*

[1] Il y eut notamment un arrêt de 1607 pour la ville d'Auxerre, à propos de dons considérables faits à l'évêque pour bâtir un collège : on jugea qu'il s'était dessaisi de toutes ces sommes à mesure qu'il les avait employées (Ferrière, *Coutume de Paris*, tit. XIII, n° 35).

[2] Voyez la lettre de D'Aguesseau au Parlement de Bordeaux, du 25 juin 1731, dans Bressolles, p. 44. Cette lettre explique les mots « *Tous actes* portant donation » qu'on lit encore dans l'art. 931. Cet article, copié littéralement sur l'art. 1er de l'ordonnance de 1731, a été rédigé sous cette forme tout exprès pour dispenser les dons manuels de la rédaction d'un écrit. Comp. Ricard, *Des donations*, nos 881 et 889 et suiv.

[3] Ce principe a donné lieu à des difficultés pour les *manuscrits d'ouvrages inédits* : la remise du manuscrit à titre de don en transfère bien la propriété quand on ne voit en lui qu'un meuble corporel ; mais le donataire du manuscrit acquiert-il en même

porelle, ne peut donc pas faire l'objet d'un don manuel, pas même lorsqu'elle est constatée par un titre transmissible par endossement, comme un *billet à ordre* ou une *lettre de change* ; le procédé qu'il faut alors employer pour transférer la propriété de la créance est l'endossement du titre.

Par exception, toutefois, une créance constatée par un *titre au porteur* peut faire l'objet d'un don manuel ; on sait qu'en pareil cas la créance s'incorpore dans le titre et appartient au porteur.

*2540. **Forme et nature du don manuel.** — Le don manuel est un genre particulier de donation, qui consiste non pas dans un *contrat,* mais dans une *aliénation gratuite.* Il n'y a pas *promesse de donation,* car cette promesse, si elle avait lieu avant l'exécution du don manuel, serait nulle et inopérante ; même constatée par un acte sous seings privés, elle n'engendrerait aucune obligation de donner (Trib. Seine, 16 avril 1874, *Gazette des Tribunaux,* 6 mai 1874). Il y a simplement *transfert de propriété,* accompagné d'un accord de volontés, l'un consentant à aliéner gratuitement, l'autre à acquérir, mais cet accord de volontés ne constitue pas plus un contrat aujourd'hui qu'à l'époque romaine, car les jurisconsultes anciens l'exigeaient comme nous dans tous les modes de transfert de la propriété. C'est donc un cas où nous rencontrons encore un mode de transfert qui ne soit pas un contrat, et ce cas est peut-être le seul (voyez t. I, n° 2744). La tradition n'est pas ici l'exécution d'un contrat antérieur ; elle constitue à elle seule la donation, parce que la donation est, comme on l'a vu (ci-dessus, n° 2501), moins un acte juridique qu'un phénomène économique, et que ce phénomène, qui est l'enrichissement gratuit procuré à quelqu'un, se réalise le plus commodément au moyen du transfert de la propriété d'une chose. Dans tout le groupe des donations, le don manuel est donc la forme la plus simple de ce phénomène économique et la mieux dégagée de tout élément accessoire ou de toute condition préalable : c'est le transfert de propriété complètement isolé et cependant parfait.

2541. Don par l'intermédiaire d'un tiers. — Il est possible de faire un don manuel par l'intermédiaire d'un mandataire ; toutefois l'emploi d'un tiers soulève plus d'une difficulté et parfois le don manuel manquera son effet.

Ainsi, quand c'est le *donateur* qui se sert d'un mandataire pour effectuer le don manuel, sa mort, survenant avant l'exécution du mandat, révoque celui-ci et la remise du don ne peut plus avoir lieu. Par suite, les héritiers du donateur sont autorisés à retirer des mains de l'intermédiaire, qui n'en est que le dépositaire, la chose qui devait être donnée (Cass., 22 mai 1867, D. 67. 1. 401, S. 67. 1. 280 ; Cass., 11 juin 1882, D. 82. 1. 313 ; Cass., 28 janv. 1903, D. 1903. 1. 238). Pour que le don manuel soit alors va-

temps la propriété littéraire de l'ouvrage ? D'anciennes décisions judiciaires ont confondu la propriété du manuscrit et la propriété de l'ouvrage (DALLOZ, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs, n° 1615). Mais deux décisions plus récentes. (Trib. de la Seine, 23 août 1883, *Gazette des tribunaux*, 24 août 1883 ; Paris, 8 mars 1911, D. 1913. 2. 94) ont considéré les deux choses comme distinctes, et telle est aussi l'opinion qui prévaut en doctrine (BRESSOLLES, p. 307).

lidé, il faut que le tiers puisse être considéré comme ayant été *mandataire du donataire* et comme ayant accepté le don en son nom du vivant du donateur, de sorte que la propriété soit acquise au donataire avant la mort du donateur. On traiterait alors l'intermédiaire comme possédant pour le compte du donataire, car il faut qu'il y ait non seulement *acceptation du don*, mais *tradition effectuée* du vivant du donateur. Il est donc impossible de faire un don manuel par l'entremise d'un tiers chargé de remettre l'objet seulement après la mort du donateur. Ce genre de don manuel était au contraire permis dans l'ancien droit (arrêts de 1664 à 1787, cités par Denizart, V° Donation entre vifs, § 12, art. 12 et 13).

Il ne servirait à rien d'employer le *dépôt* à la place du mandat, pour réaliser des dons manuels posthumes, quoique le dépôt ne prenne pas fin par la mort des parties. En effet, d'après l'art. 1939, quand le déposant vient à mourir, la chose déposée ne peut être remise qu'à ses héritiers, et non aux autres personnes désignées par lui. On a voulu éviter par là des fidéicommis frauduleux qui auraient permis, en fait, de faire parvenir d'une façon occulte des libéralités considérables à des établissements non reconnus. Faute d'une tradition antérieure au décès, ces fidéicommis sont donc impuissants à constituer des dons manuels (Montpellier, 25 févr. 1862, S. 62. 2. 209 ; Paris, 7 août 1872, D. 74. 1. 481 ; Cass., 11 juin 1882, D. 82. 1. 313). Voyez aussi les *Tables générales* de Dalloz, t. I, v° Dépôt, n°s 13 et suiv. Comp. Cass., 28 juill. 1909, D. 1910. 1. 44.

2542. Pactes adjoints aux dons manuels. — Le don manuel consiste uniquement dans une tradition faite et reçue avec la double intention d'aliéner et d'acquérir. Un pareil acte comporte-t-il l'adjonction de pactes ou de modalités ?

Deux auteurs ont répondu par la négative, parce qu'ils considèrent le don manuel comme un acte exceptionnel, contraire aux théories fondamentales du Code et qui ne doit être toléré que dans la mesure où les textes le permettent. Il ne peut donc recevoir aucune des modalités et des réserves qui s'insèrent dans les donations en forme authentique ; il est nécessairement pur et simple, n'étant qu'un acte matériel indécomposable, une mise en possession (Labbé, *Revue critique*, 1882, p. 338, et S. 83. 2. 241 ; Bressolles, *op. cit.*, p. 273) [1]. Mais la jurisprudence moderne a abandonné ces traditions et valide les pactes accessoires des dons manuels.

Principaux exemples. — 1° La *réserve d'usufruit*. Il y a eu quelques hésitations à son sujet parce que cette réserve a semblé incompatible avec la *tradition* qui constitue le don manuel et qui entraîne naturellement le dessaisissement du donateur (Paris, 16 août 1878, arrêt cassé ; Paris, 21 nov. 1879, S. 80. 2. 48) ; mais la Cour de cassation a reconnu que la tradition pouvait se faire seulement pour la nue propriété (Cass., 11 août 1880, D. 80. 1. 461, S. 81. 1. 15 ; Cass., 22 déc. 1891, D. 92. 1. 510, S. 92. 1. 246 ; Paris, 17 avril 1894, D. 95. 2. 278).

2° La charge de faire des *distributions d'aumônes*, dont la jurisprudence a admis la validité (Trib. Seine, 18 janv. 1884, *Le Droit*, 19 janvier), et qui a été quelquefois annulée, quand on y a vu un *mandat* devant prendre fin à la mort du donateur, comme il est expliqué au n° 2541 (Douai, 31 déc. 1834, S. 35. 2. 215 ; Nancy, 18 nov. 1893, D. 94. 2. 488 ; Cass., 28 janv. 1903, D. 1903. 1. 238).

2° La *condition résolutoire*, qui provoque des procès lorsque le don est fait en prévision d'une mort prochaine, et que la résolution est stipulée en vue du retour à la santé (Bordeaux, 8 août 1853, D. 54. 2. 81 ; Lyon, 5 janv. 1891, D. 92. 2. 509 ; Paris, 17 avril 1894, D. 95. 2. 278). Comp. Nancy, 6 juill. 1874, *Gaz. des Trib.*, 5 août 1874, et Dijon, 22 janv. 1896, D. 96. 2. 325.

4° Le *pacte de préciput*, qui dispense le donataire, quand il est héritier du donateur, de rapporter ce qu'il a reçu.

Preuve. — Ces pactes soulèvent des difficultés pratiques quand il s'agit de les prou-

[1] Ces deux auteurs, d'accord sur le principe, diffèrent sur la conclusion : tandis que M. Labbé efface simplement les pactes accessoires du don manuel, M. Bressolles annule la convention entière, le don aussi bien que les pactes qui étaient incompatibles avec lui.

ver. En principe, un *écrit* est nécessaire dès que la valeur du don dépasse 150 francs. Il n'y a d'exception que pour le *pacte de préciput*, qui peut se prouver sans écrit (Cass., 12 mars 1873, D. 73. 1. 194, S. 73. 1. 208). C'est la conséquence de la règle admise en jurisprudence, d'après laquelle la dispense de rapport peut être tacite et s'induire des circonstances. — Pour les autres pactes, l'écrit nécessaire peut être fait sous seings privés, à moins que le donataire grevé de charges soit une personne morale [1].

***2543. Preuve des dons manuels.** — C'est surtout pour la question de preuve que les dons manuels soulèvent des difficultés dans la pratique. Ces difficultés se présentent sous deux formes différentes, selon que la preuve est à faire *contre le donataire* pour obtenir de lui la restitution de la chose donnée, quand elle est soumise à révocation, à résolution, à rapport ou à réduction, ou *contre le donateur ou ses héritiers* par le donataire qui prétend rester ou se faire mettre en possession des choses données.

I. — Preuve contre le donataire. — La jurisprudence décide que le don manuel est soumis au droit commun des preuves établi par l'art. 1341 et que par suite ceux qui réclament la restitution des choses données doivent rapporter un écrit quand la valeur réclamée dépasse 150 francs ; et qu'à défaut d'écrit ou de commencement de preuve par écrit, ils sont réduits, pour dernière ressource, à l'aveu et au serment (Cass., 9 août 1887, D. 88. 1. 133, S. 87. 1. 313). Voyez cependant Cass., 18 mars 1872, D. 72. 1. 309.

Cette jurisprudence apporte un correctif fort utile à la liberté absolue des dons manuels, car elle rend indirectement nécessaire la confection d'un écrit pour un acte que sa nature propre en dispense : le donateur, qui voudra obtenir pleine sécurité, ne se contentera pas de faire remise de la chose au donataire : il retirera un *reçu* de celui-ci, qui servira de titre contre lui, le cas échéant.

Ce reçu étant destiné à servir de preuve *contre le donataire* ne tombe pas sous l'application de l'art. 931 qui n'exige l'authenticité que pour *l'engagement du donateur* : il peut donc être fait sous seing privé ; c'est un *aveu* qui émane du donataire, et qui constate simplement le don reçu par lui, lequel est antérieur à la rédaction de l'écrit et parfait par lui-même.

II. — Preuve contre le donateur. — Lorsque le donataire est en possession de la chose donnée, cette possession peut lui être disputée par le donateur ou ses héritiers, qui soutiennent que la donation n'a pas été faite, et qu'il y a eu vol ou détournement, etc. Voici par exemple un parent ou un domestique d'une personne décédée, qui est trouvé en possession d'objets ayant appartenu au défunt ; il prétend qu'ils lui ont été donnés ; comment fera-t-il cette preuve ? Une longue suite d'arrêts admettent que sa possession, quand elle est bien établie, fait présumer la propriété en sa faveur [2].

[1] Des circulaires du ministre de l'Intérieur, du 10 avril et du 18 octobre 1862 (S. 63. 2. 272), ont décidé que les dons faits à des personnes morales, lorsqu'ils sont grevés de charges, doivent être faits par acte notarié, dans la forme prescrite par le Code civil. Ces décisions sont actuellement observées dans la pratique (Nancy, 29 avril 1893, D. 94. 2. 335 ; Amiens, 15 mars 1906, D. 1907. 2. 115 ; Paris, 10 févr. 1908, sous Cass., D. 1910. 1. 43). En d'autres termes, le don manuel fait à une personne morale n'est valable que s'il est fait sans aucune charge.

[2] Tous les arrêts appuient leur solution en citant l'art. 2279 et la maxime « En fait

Le plus ancien de ces arrêts remonte à 1828 (Bourges, 30 juill. 1828, D. 29. 2. 253, S. 30. 2. 61, S. chr., 9. 2. 132), mais ils ne deviennent nombreux qu'à partir de 1860 et surtout depuis 1880. En fait la personne qui se prétend donataire est toujours maintenue en possession quand son allégation se présente avec vraisemblance [1] ; au cas contraire, on l'oblige à restituer les valeurs qu'elle détient [2].

D'ailleurs cette présomption de propriété ne protège le prétendu donataire qu'à deux conditions : 1° il faut qu'il y ait réellement une *possession exclusive* bien établie, qui ne soit entachée ni *d'équivoque* ni de *précarité* [3] ; 2° qu'*aucune circonstance* ne vienne rendre suspecte l'origine de sa possession

de meubles possession vaut titre ». C'est une méprise : l'art. 2279 a simplement pour objet de décider si le propriétaire d'un meuble qui en a perdu la possession par un fait connu (perte, vol louage, dépôt, prêt) est autorisé à le revendiquer contre un *tiers-acquéreur de bonne foi*, qui en a acquis la possession a non domino, et cet article admet la revendication dans le cas de perte ou de vol ; il la supprime dans le cas de dépossession volontaire, par dépôt, prêt ou louage. Il est complètement étranger aux relations du propriétaire dépossédé avec le possesseur originaire, qui tient de lui la chose directement et sans l'intermédiaire de personne. Dans les hypothèses prévues par l'art. 2279 il s'agit de protéger quelqu'un qui a cru acquérir la chose en vertu d'un titre régulier et qui en a été empêché par le défaut de propriété en la personne de son auteur: à raison de sa bonne foi, on rend efficace un contrat connu et prouvé, qui a manqué son effet ; dans les hypothèses de don manuel supposé, la question de bonne foi ne peut pas se poser, puisqu'il est indubitable que le précédent possesseur. auteur immédiat du possesseur actuel, était bien réellement propriétaire, et il s'agit seulement de savoir s'il a, en fait, *consenti un acte d'aliénation* ; c'est ce contrat qu'il s'agit d'établir et qui, *s'il était prouvé*, serait certainement efficace par lui-même, sans aucune concession de faveur par la loi. Il y a donc lieu de rechercher ou de présumer l'existence de ce contrat, tandis que la décision propre de l'art. 2279 est uniquement la création d'une exception péremptoire contre la revendication d'un précédent possesseur qui était très certainement propriétaire et qui, très certainement aussi. n'a jamais consenti à aliéner son meuble : on lui retire néanmoins son action, à raison de la bonne foi du défendeur, pour des considérations d'utilité générale. Ce n'est donc pas l'art. 2279 que la jurisprudence applique ici, quoique tous les arrêts le répètent à l'envi ; ils sont en réalité fondés sur la simple *présomption de propriété* qui s'attache toujours à la possession, présomption qui n'est établie nulle part par un texte exprès, mais qui repose sur la nature des choses et qui est admise par la tradition (t. I, n° 2286), Comp. la note du *Dalloz* sous Aix, 3 févr. 1903, D. 1904. 2. 289. Voyez aussi Cass., 16 avril 1904, D. 1904. 1. 207, et Saleilles, *La possession des meubles*, p. 77 et suiv.

[1] Exemples de cas où le donataire a été maintenu en possession, son allégation ayant été admise : Cass., 15 nov. 1881, D. 82. 1. 67, S. 82. 1. 259 ; Pau, 1er avril 1890. D. 91. 2. 232 ; Cass., 12 août 1891, D. 92. 1. 623, S. 92. 1. 245 ; Cass., 22 déc. 1891, D. 92. 1. 510, S. 92. 1. 246 ; Nancy, 8 juill. 1893, D. 94. 2. 13, S. 94. 2. 95 ; Cass., 18 déc. 1894, D. 95. 1. 364, S. 95. 1. 136.

[2] Exemples de possession suspecte, dans lesquels le prétendu donataire a été condamné à restituer : Cass., 24 avril 1866, D. 66. 1. 347, S. 66. 1. 189 ; Lyon, 28 nov. 1888, D. 90. 2. 216 ; Cass., 27 mars 1889, D. 90. 1. 413, S. 89. 1. 199 : Toulouse, 30 juin 1890, D. 91. 2. 328 ; Dijon, 11 août 1893, D. 94. 2. 13, S. 94. 2. 95 ; Cass., 9 nov. 1893, D. 94. 1. 399 ; Lyon, 23 juill. 1897, D. 97. 2. 343 ; Aix, 3 févr. 1902, S. 1903. 2. 41 ; Cass., 20 janv. 1903, S. 1903. 1. 174 ; Alger, 12 avril 1906, D. 1906. 2. 246 ; Cass., 18 mars 1907, D. 1907. 1. 201, P. et S. 1910. 1. 558 ; Douai, 17 nov. 1910. D. 1913. 2. 3.

[3] Les arrêts parlent indifféremment, en cette matière de *possession équivoque* ou de *possession précaire* (Nancy, 8 juill 1893, D. 94. 2. 13, S. 94. 2. 95 : Cass., 9 nov. 1893, D. 94. 1. 399). La distinction est cependant bien simple à faire : il y a *précarité* lorsque le possesseur a reçu la chose en vertu d'un contrat qui l'oblige à la rendre, pour l'exécution d'un mandat, par exemple, ou en dépôt ; il la détient alors avec la permission et pour le compte de son véritable propriétaire (Dijon, 11 août 1893. D. 94. 2. 13, S. 94. 2 95 ; Besançon, 3 avril 1901, D. 1902. 2. 191). Il y a *équivoque* lorsque l'existence de la vraie possession n'est pas établie et que le fait de la détention peut s'expliquer par une cohabitation qui l'empêche d'être exclusive ; voyez, comme exemples divers de possession équivoque : Toulouse, 10 mai 1881, D. 82. 1. 433 ; Toulouse, 30 juin 1890, D. 91. 2. 328 ; Pau, 21 mars 1893, D. 94. 2. 438 ; Cass., 15 avril 1890, D. 91. 1. 388, S. 91. 1. 342 ; Lyon, 23 juill. 1897, D. 97. 2. 343.

et ne fasse croire à un *détournement* [1]. En d'autres termes la présomption de propriété est fragile et peut être détruite par la preuve contraire. C'est naturellement aux adversaires du possesseur qu'incombe la charge de cette preuve [2]; ils peuvent la faire par tous les moyens, même par de simples présomptions, s'ils prétendent qu'il y a eu fraude ou détournement [3] ; on leur demande une preuve par écrit, au-dessus de 150 francs, s'ils allèguent un dépôt ou quelque autre contrat analogue [4].

Malgré toutes les circonstances défavorables, qui rendent suspecte l'allégation d'un don manuel, il se peut que ce don ait réellement eu lieu, quoique le bénéficiaire n'ait eu originairement qu'une possession équivoque ou précaire, comme concubin, domestique, aubergiste, mandataire, etc., et quoiqu'il ait, dans les premiers moments, essayé de cacher les valeurs qu'il a reçues. On lui réserve donc toujours la liberté de prouver la réalité du don, mais habituellement on exige de lui une *preuve par écrit,* ou tout au moins un commencement de preuve, lorsque la valeur dépasse 150 francs [5].

L'acquittement du détenteur, quand il a été poursuivi pour vol, ne fait pas obstacle à l'action en restitution fondée sur l'inexistence de tout don manuel (Cass., 18 mars 1907, D. 1907. 1. 201).

B. — Donations par achat au nom d'autrui.

2544. Application aux titres nominatifs. — Il existe une procédé, translatif par lui-même qui s'applique aux titres nominatifs : c'est l'opération appelée *transfert* (t. I, n° 1902, et t. II, n° 1619). Il peut servir à réaliser une donation lorsque la personne au nom de laquelle les titres sont immatriculés, n'en fournit pas la valeur (Orléans, 9 juill. 1845, D. 46. 2. 31 ; Paris, 9 mars 1860, D. 60. 5. 123).

C'est un moyen fréquement employé dans les familles ; on fait immatriculer des titres nominatifs au nom d'un héritier, qui est le plus souvent l'un des enfants ou des neveux du donateur. Celui-ci conserve le titre de son vivant et peut en toucher les intérêts. D'après l'art. 6 du décret du 24 août 1793, « le Grand-Livre est le titre unique et fondamental de tous les créanciers de la République » ; mais cette disposition n'empêche pas les réclamations des tiers contre le titulaire, si celui-ci ne peut justifier à leur égard d'une acquisition régulière. Il en résulte que la formalité du transfert d'un titre peut bien servir à déguiser une donation (Paris, 25 mars 1891, D. 93. 2. 489, S. 92. 2. 129, et la note de M. Tissier) ; mais il faut que cette donation réunisse les *conditions de fond*

[1] Cass., 27 mars 1889, 2e espèce, D. 90. 1. 413, S. 89. 1. 199 ; Cass., 15 avril 1890, D. 91. 1. 388, S. 91. 1. 342 ; Dijon, 11 août 1893, D. 94. 2. 13, S. 94. 2. 95 ; Aix, 3 févr. 1902, D. 1904. 2. 289, S. 1903. 2. 41. Habituellement le prétendu donataire se trahit lui-même parce qu'il commence par celer les valeurs qu'il a en sa possession, espérant que les héritiers n'en connaissent pas l'existence ; et ce n'est que quand on les lui réclame, et vaincu par l'évidence, qu'il allègue, mais trop tard, un don manuel à son profit ; il a en quelque sorte avoué le détournement par sa conduite initiale.

[2] Cass., 15 nov. 1881, D. 82 1. 67, S. 82. 1. 259 ; Besançon, 4 juill. 1888, D. 89. 2. 182 ; Cass., 27 mars 1889, D. 90. 1. 413, S. 89. 1. 199 ; Paris, 17 avril 1894, D. 95. 2. 278 ; Cass., 17 janv. 1898, D. 98. 1. 479.

[3] Paris, 25 mars 1876, D. 77. 2. 9 ; Besançon, 4 juill. 1888, D. 89. 2. 182.

[4] Paris, 19 déc. 1871, D. 73. 2. 131, S. 71. 2. 274 ; Pau, 12 janv. 1874, D. 75. 2. 113, S. 76. 2. 2.

[5] Paris, 25 mars 1876, D. 77. 2. 9 ; Pau, 21 mars 1893, D. 94. 2. 438 ; Cass., 14 juin 1899, D. 1900. 1. 45, S. 1900. 1. 225 ; Aix, 3 févr. 1902, D. 1904. 2. 289, S. 1903. 2. 41. — Un arrêt antérieur avait admis au contraire la preuve par témoins d'un don manuel (Paris, 9 août 1875, D. 77. 2. 56).

nécessaires à sa validité, par exemple, qu'elle ait été *acceptée* par le donataire du vivant du donateur (Cass., 18 oct. 1909, D. 1910. 1. 462), et qu'elle ne porte pas *atteinte à la réserve* des autres enfants (Cass., 11 déc. 1907, D. 1912. 1. 266, P. et S. 1911. 1. 137). Comp. Dalloz, *Suppl.*, v° Effets publics, n° 53.

Ce procédé n'est qu'un cas particulier de l'*achat sous le nom d'autrui*, signalé au n° suivant.

2545. Donations par achat sous le nom d'autrui. — Le même procédé peut s'employer pour l'acquisition d'un objet quelconque. On peut faire porter dans l'acte comme acheteur le nom de la personne que l'on veut gratifier et payer le prix à sa place ; notre droit considère comme propriétaire la personne désignée dans l'acte comme acheteur (Cass., 13 déc. 1859, D. 59. 1. 503). Il n'y a pas là donation déguisée. Le donataire n'est pas l'ayant cause du donateur quant au bien acheté pour lui ; il est l'ayant cause direct du tiers qui a vendu ce bien ; et il en est ainsi, au moins dans bien des cas pour l'acquisition de titres nominatifs décrite au numéro précédent du moins quand ces titres sont achetés en Bourse et ne proviennent pas du patrimoine du donateur, qui se borne à en payer le prix.

Dans tous les cas d'achat pour autrui, la donation a pour objet non pas le bien acheté mais l'argent employé à en payer le prix. C'est l'équivalent d'un don manuel indirect procurant la libération de l'acheteur, lequel serait tenu de payer le prix en vertu de l'acte si un tiers ne le faisait pas à sa place. Il y a donc paiement pour autrui fait *animo donandi*.

C. — Donations indirectes.

(Renonciation à un droit.)

***2546. Explication.** — La qualification de « donation indirecte » est appliquée dans la pratique moderne à diverses variétés de libéralités, faites dans des conditions très dissemblables. Ainsi on l'emploie quelquefois à propos des donations accessoires contenues dans un contrat à titre onéreux, ou à propos des donations faites par l'intermédiaire d'une personne interposée entre le donateur et le donataire. En réalité, le nom de « donation indirecte » ne convient qu'à une seule variété, à laquelle il devrait être réservé : la donation qui se fait *au moyen de la renonciation à un droit*.

En principe ces renonciations sont autorisées dans l'intérêt du renonçant, lorsque le droit qu'il possède ou qu'il est appelé à recueillir lui est devenu ou lui apparaît comme inutile ou onéreux. Mais parfois cette renonciation prend le caractère d'une donation lorsque celui qui la fait se prive d'une valeur active plus ou moins considérable, qu'il dépendait de lui d'acquérir ou de conserver, et que son acte a précisément pour but d'en faire profiter une autre personne. C'est cette intention particulière ou *animus donandi* qui donne à l'acte sa nature, qui en fait une libéralité. Le résultat est le même que si le renonçant, après avoir pris ou obtenu la chose à laquelle il a renoncé, l'avait ensuite transmise à l'autre partie au moyen d'une donation.

2547. Exemples. — Ces donations indirectes peuvent se faire de bien des manières :

C'est, par exemple, *un créancier* qui fait *remise de sa dette* au débiteur ;

C'est le *propriétaire d'un fonds dominant* qui renonce à une *servitude* attachée à son fonds pour avantager le propriétaire du fonds servant ;

C'est un *successible*, appelé à recueillir une *succession*, qui y renonce pour la laisser arriver à des héritiers moins proches que lui en degré[1] ;

C'est un *légataire* qui renonce à son *legs*, pour gratifier l'héritier chargé de l'exécuter ;

C'est une *femme commune en biens avec son mari* qui renonce à la *communauté* pour avantager ses enfants ou les collatéraux qui succèdent au défunt.

***2548. Formes.** — Les donations indirectes empruntent les formes d'un autre acte juridique, la renonciation à un droit ; elles sont valables sous cette forme d'emprunt, fort différente de la forme propre aux donations réalisées par voie de dation ou de promesse, parce qu'elles sont le *résultat d'un acte juridique* qui vaut par lui-même, en vertu de ses règles particulières, dans la forme où il a été fait. Ainsi la remise de dettes se fait par l'abandon du titre (art. 1282) ; la renonciation à succession par une déclaration au greffe (art. 784).

D. — Donations accessoires à un contrat onéreux.

***2549. Validité.** — Il arrive parfois que, dans une convention sérieuse, ayant le caractère onéreux et faite sous seings privés, l'une des parties consent à l'autre un avantage qui s'analyse en une véritable libéralité. A raison de son caractère accessoire, et comme étant comprise dans une convention principale qui a ses formes propres et ses conditions de validité, la libéralité ainsi faite est valable quoiqu'elle ne soit pas revêtue des formes habituelles des donations. On en voit un exemple dans l'art. 1973 analysé ci-dessous, n° 2551.

Nous supposons d'ailleurs que cet avantage est consenti *d'une manière ostensible* et que les parties ne l'ont pas caché sous la forme d'une clause onéreuse, auquel cas il y aurait donation déguisée.

2550. Distinction. — La libéralité accessoire contenue dans un contrat onéreux peut être adressée soit *à l'une des parties*, soit *à un tiers*. Le premier cas est simple et se rencontre principalement en matière de sociétés ; voyez l'explication des art. 853 et 854 (ci-dessus, n°s 2253 et 2254). Le second cas résulte des *stipulations pour autrui*. On a vu (t. II, n° 1265) que le bénéfice de la stipulation faite à son profit constitue souvent pour le tiers une libéralité de la part du stipulant.

2551. Exemple. — La loi elle-même prévoit un exemple de ce genre. Elle suppose que, dans la vente d'une propriété, le vendeur impose à l'acheteur, à titre de charge accessoire, l'obligation de servir une rente viagère à une tierce personne (art. 1973). La création de cette rente est généralement

[1] Il faut supposer une *renonciation pure et simple*, de façon que les successibles qui se trouvaient primés par le renonçant profitent de sa renonciation par le seul effet de la dévolution héréditaire qui s'accomplit en vertu de la loi. Si le renonçant prétendait lui-même désigner les bénéficiaires de sa renonciation en modifiant la dévolution légale (*renonciation « in favorem »*), il serait lui-même réputé acceptant (art. 780, 1°) et la libéralité deviendrait une donation directe (ci-dessus, n° 1996-2°).

une libéralité pour le tiers qui devient crédirentier ; néanmoins la loi la dispense des formes imposées aux donations, parce qu'elle est l'accessoire d'une convention plus importante qui a sa forme propre et qui est valablement faite sous cette forme. Cette dispense des formes est écrite dans l'al. 3 du même article : « quoiqu'elle [la constitution de rente] ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises ». Voyez t. II, n° 1266.

La règle, mentionnée à l'occasion d'un contrat spécial dans l'art. 1973, est considérée comme générale et s'applique à tous les cas de *stipulation pour autrui* permis par l'art. 1121. L'application la plus intéressante que la jurisprudence en ait faite se rencontre dans la matière des *assurances sur la vie*. Voyez t. II, n°s 2199 et 2202.

E. — Donations déguisées.

** **2552. Définition.** — On appelle « donation déguisée » celle *qui est faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux au moyen d'une simulation contenue dans l'acte.* Cette simulation est possible aussi bien dans les donations qui se font par voie de dation que dans celles qui se font par voie de promesse.

Dans tous les cas il faut qu'il y ait vraiment déguisement ; l'acte serait nul si la libéralité qu'il contient y était reconnaissable au premier examen. Toutefois la jurisprudence n'applique pas cette idée à la rigueur ; voyez en sens divers Cass., 26 avril 1893, D. 93. 1. 359 ; Cass., 22 avril 1912, P. et S. 1914. 1. 388 ; Cass., 3 déc 1912, D. 1913. 1. 175 et les renvois.

** **2553. Donation sous forme de vente.** — Je vous vends un bien pour une somme déterminée et je vous donne, par le même acte, quittance du prix sans l'avoir reçu. — L'acte n'est pas entièrement simulé, puisque le transfert de la propriété est bien réellement voulu et accompli ; la simulation ne porte que sur le paiement du prix, qui est déclaré et qui n'a pas eu lieu. Mais comme cet élément simulé est justement celui qui ferait du contrat une vente, il se trouve qu'on a ainsi une *donation déguisée sous la forme d'une vente* [1].

On pourrait concevoir une simulation moindre encore et portant sur une partie seulement du prix ; par exemple : je vous vends ma maison pour 100 000 francs et je vous donne immédiatement quittance de la moitié du prix sans l'avoir touchée. Il y a déguisement partiel, l'acte étant en partie

[1] Sur une difficulté spéciale aux ventes à rente viagère, voyez t. II, n° 1381. — Le contrat de vente peut encore servir à réaliser la donation par un procédé inverse. Ainsi j'achète un bien le double de sa valeur. Il y a donation déguisée, seulement la libéralité se trouve, non plus dans la dation de la chose, mais dans la dation du prix ; ce n'est plus le vendeur qui est donateur, c'est l'acheteur. Ce procédé ne paraît pas usité dans la pratique, car il suppose, chez la même personne, le désir d'acquérir le bien d'autrui et de gratifier le possesseur de ce bien.

une vente, mais la question est la même que pour le cas de déguisement total.

État de la jurisprudence et de la doctrine. — Depuis bien longtemps déjà la question ne se plaide plus et la validité des donations déguisées est aujourd'hui certaine en jurisprudence, d'après une longue suite d'arrêts remontant à 1803 (Cass., 5 pluviôse an XI-25 janvier 1803, cité en note dans *Sirey*, 13. 1. 330, et S. chr., I. 746), et qui ne s'est jamais interrompue (Cass., 3 nov. 1897, D. 97. 1. 584 ; Chambéry, 3 avril 1901, D. 1903. 2. 54)[1]. Elle a été acceptée de bonne heure par beaucoup de bons auteurs (Merlin, *Répert.*, v° Donation, sect. 2, § 6, et v° Simulation, § 5 ; Toullier, t. V, n° 85) ; elle l'est aujourd'hui encore par une grande partie de la doctrine (Aubry et Rau, t. VII, § 659, texte et note 24). Quelques auteurs cependant continuent à protester et à se déclarer pour l'application rigoureuse des principes et il semble même que le nombre augmente (Laurent, t. XII, n° 305 ; Baudry et Colin, *Donation*, n° 1240 ; Huc, t. VI, n° 191), mais sans aucun espoir d'amener un changement de solution ; M. Huc estime même que si la jurisprudence est contraire à la loi, elle lui est cependant préférable.

Examen de la controverse. — L'objection que l'on peut faire à la validité des donations déguisées est très simple : la loi veut que tout acte contenant donation soit passé dans la forme authentique (art. 931) ; s'il suffit de le qualifier « vente » ou « transaction » pour le faire valablement sous seings privés, l'art. 931 n'a plus aucune espèce de force ; son observation devient purement facultative. « Peut-on prêter au législateur un système aussi absurde ? » demande Laurent, et M. Huc trouve l'absurdité « indéniable ».

[1] Je ne connais aucun arrêt rendu sous l'ancien régime. Dans son *Commentaire sur l'ordonnance de* 1731 (t. I, p. 14), Furgole dit seulement que les donations indirectes ou déguisées, qu'il appelle *donations tacites*, sont valables, malgré l'art. 1er de l'Ordonnance ; l'ouvrage a paru en 1733, mais la seconde édition, parue en 1761 et revue par l'auteur, ne cite pas non plus de jurisprudence. — Quand la question se présenta devant la Cour de cassation, le Code civil n'était pas encore fait : la Chambre des Requêtes se prononça d'abord pour la nullité (11 frimaire an X [2 déc. 1801], S. 2. 1. 140, S. chr. I. 1. 560). Mais peu de temps après la Chambre civile admit la validité des donations déguisées (5 ou 6 pluviôse an XI-25 janv. 1803). Cet arrêt fut rendu *après partage* et à la majorité d'une seule voix, d'après Merlin ; néanmoins il fit jurisprudence. A cette époque le Code civil n'était pas encore publié ; quand il parut, ses art. 911 et 1099, qui annulent les donations déguisées dans des cas déterminés, apportèrent à cette solution une consécration législative, car les rédacteurs du Code n'ignoraient pas la difficulté, non plus que la dissidence, qui venait de se produire entre les deux Chambres de la Cour de cassation. La Chambre des Requêtes persista pendant quelque temps dans sa jurisprudence. Un arrêt du 8 frimaire an XIII (29 nov. 1804), admit à nouveau la nullité des donations déguisées, et cet arrêt est d'autant plus remarquable que, la veille même, le 7 frimaire, la Chambre civile avait maintenu sa jurisprudence en faveur de la validité. Le conflit arrivait ainsi à l'état aigu ; il se prolongea quelques années encore, car le 24 novembre 1808, la Chambre des Requêtes rendit encore une décision dans le sens de la nullité. Mais cet arrêt fut le dernier, et après cette date on ne trouve plus que de rares arrêts de Cours d'appel qui aient annulé des donations déguisées (Bruxelles, 25 févr. 1809 : Metz, 7 août 1812). Depuis cette époque la jurisprudence paraît unanime (Cass., 31 mai 1813). Tous ces arrêts se trouvent à leur date dans le *Sirey chronologique* et dans les *Tables générales* du recueil.

Pourquoi donc cette « absurdité » a-t-elle triomphé ? La jurisprudence a cédé à l'entraînement de la pratique et, si elle s'est laissé convaincre au début par un mauvais argument, il est possible d'en fournir d'autres plus décisifs.

La principale raison qu'on fit valoir à l'origine en faveur de la validité des donations déguisées est la suivante : la simulation est une cause de nullité lorsqu'elle a pour but de commettre une fraude, soit en faisant parvenir une donation à un incapable, soit en portant atteinte aux droits des héritiers à réserve ; mais lorsque le donateur et le donataire sont respectivement capables de donner et de recevoir et que les biens donnés sont disponibles, quelle raison y a-t-il d'annuler l'acte ? C'est sous cette forme que l'argument a été présenté devant la Cour de cassation en 1813 et pour le fortifier, on a cité de nombreux textes anciens, soit des jurisconsultes romains, soit des commentateurs, qui tous admettaient la validité des donations déguisées sous la forme d'une vente (voyez les notes dans le SIREY, sous l'arrêt de 1813). — A cela on a fort bien répondu que *l'ordonnance de* 1731 *avait changé l'état du droit* : les solutions anciennes étaient bonnes au temps où la donation pouvait se faire ouvertement sans formalité particulière ; elles n'avaient plus de valeur depuis que la donation était devenue un contrat solennel. On devait donc considérer le déguisement de la donation, non pas comme frauduleux, mais comme illicite par cela seul qu'il tend à dispenser les parties d'une formalité exigée par la loi[1] et Pothier le reconnaissait déjà (*Contrat de vente,* n° 19). Comp. CHABOT, *Questions transitoires,* v° Donation déguisée, § 1er.

D'autres raisons ont été présentées plus récemment :

1° Une considération assez sérieuse a été tirée de l'intérêt des tiers, sous-acquéreurs tenant leurs droits du donataire, qui souffriraient de l'annulation de la donation, sans avoir pu la prévoir, ayant eu affaire à quelqu'un qui semblait être un acheteur. Mais c'est là un genre de considérations à faire valoir quand la question se pose en législation et qui ne peut pas faire écarter par la jurisprudence les solutions de la loi positive.

2° Les art. 911 et 1099 annulent une donation déguisée quand elle est faite à un incapable. N'est-ce pas dire qu'elle serait valable, si le donataire était capable de recevoir ? Ceci encore est loin d'être décisif. Il est bien possible qu'en écrivant ces articles les rédacteurs du Code aient eu cette pensée ;

[1] M. HUC fait observer que le déguisement de la donation n'est pas toujours destiné à frauder la loi et à dispenser le donateur d'employer la forme notariée. Le plus souvent, il a tout simplement pour but de cacher aux tiers la véritable nature de l'acte, parce que les particuliers n'aiment pas à faire connaître leurs affaires au public. Il ajoute même que si l'on abrogeait l'art. 931 de façon à autoriser les donations par acte sous seings privés, le nombre des donations déguisées ne diminuerait pas sensiblement (t. VI, n° 191).

mais l'argument *a contrario* qu'on tire de ces deux textes ne peut prévaloir contre l'argument de principe que fournit directement l'art. 931.

3° La validité des donations indirectes faites par voie de remise de dette amène invinciblement à sa suite celle des donations déguisées. Quelle différence y a-t-il entre la vente qui porte quittance du prix sans qu'il ait été payé et la vente qui porte remise ostensible du prix ? N'est-ce pas le cas de dire que le vendeur peut faire indirectement au moyen d'un versement simulé ce qu'il peut faire directement au moyen d'une remise de sa créance ? — Cette dernière raison est, à mes yeux, la meilleure justification qu'on puisse fournir de la jurisprudence.

Cas particulier. — Il faut rapprocher de la donation déguisée sous forme de vente, celle qui se réalise au moyen de l'endossement d'un billet à ordre. L'endossement porte que la valeur de l'effet a été payée à l'endosseur, quoique celui-ci n'ait rien reçu ; il y a donc vente simulée.

* **2554. Donation sous forme de reconnaissance de dette.** — De même que la donation déguisée sous forme de vente correspond aux donations par voie de *dation*, de même, aux donations qui se font par voie de *promesse* correspond, également comme forme déguisée, *la reconnaissance d'une dette qui n'existe pas* : le donateur signe un billet par lequel il se reconnaît débiteur envers le donataire de la somme qu'il veut lui donner. La validité des donations faites au moyen de simples billets sous seings privés portant promesse de payer est reconnue depuis longtemps par la jurisprudence [1], si bien qu'on peut se demander ce qui reste aujourd'hui du principe de la solennité des donations, établi en 1731 par d'Aguesseau : l'observation de la loi est devenue *purement facultative*, puisque, pour se dispenser d'aller chez le notaire, il suffit de dire qu'on *vend*, quand on donne immédiatement, ou de dire qu'on *doit*, quand on promet de donner plus tard. Un petit mensonge en deux ou trois lignes, et on esquive la solennité exigée par la loi [2].

Malgré le principe admis en jurisprudence, les billets simulant une dette pour réaliser

[1] La décision la plus ancienne est un arrêt de Paris, du 4 juin 1829 (S. 30. 2. 319). Comp. Cass., 24 mars 1848 (D. 48. 1. 94, S. 48. 1. 401). Parmi les plus nets en ce sens il faut citer : Cass., 6 déc. 1854, D. 54. 1. 411, S. 54. 1. 801 ; Cass., 18 nov. 1861, D. 61. 1. 465, S. 62. 1. 33 ; Cass., 11 juill. 1888, D. 89. 1. 479, S. 88. 1. 409 ; Cass., 28 janv. 1903, D. 1903. 1. 238.

[2] On comprend moins facilement la possibilité de faire une donation au moyen d'un billet ou promesse de payer, qu'au moyen d'une vente. En effet la vente est un *acte translatif de propriété*, une convention qui produit des *effets de droit*, et il suffit d'en modifier les conditions pour la transformer en libéralité. Au contraire la rédaction d'un billet n'est qu'*un mode de preuve* ; c'est la reconnaissance d'une obligation préexistante, dont on règle l'échéance et le mode de paiement. Or le donateur, qui signe un billet, n'est pas obligé antérieurement, il ne *doit* rien. L'acte ne peut valoir que comme *reconnaissance de dette*, et on en fait un *acte générateur d'obligation*. Si l'on admet que la donation peut se déguiser sous cette forme, c'est par suite d'une confusion entre deux choses bien distinctes : la création d'une obligation et son mode de preuve. La même confusion s'était produite en droit romain à propos des *cautiones* écrites qui constataient des stipulations (Maynz, t. II, § 368, note 1).

une donation sont fréquemment annulés par les tribunaux. Tout d'abord il y a nullité, si le billet présenté n'est pas conforme aux dispositions de l'art. 1326, qui veut qu'il soit écrit entièrement de la main du souscripteur, ou que la signature soit précédée du *bon pour* (Cass., 7 mars 1898, D. 98. 1. 220, S. 1902. 1. 231, et les renvois). En ce cas, il se produit un effet particulier, qui tient à ce qu'il s'agit d'une libéralité : si le billet nul se référait à une opération à titre onéreux, il vaudrait néanmoins comme commencement de preuve par écrit, et la preuve de la dette pourrait être complétée par des témoignagnes ou des présomptions ; mais, comme il s'agit d'une donation, la preuve, qui ne résulte pas du billet mal rédigé, ne peut être complétée par aucun autre mode de preuve ; l'art. 931 s'oppose à ce qu'on prouve directement une donation qui n'est pas constatée par un acte notarié (arrêt de 1898 précité).

Même en supposant un billet régulier en la forme, la question de nullité peut se poser pour d'autres causes. Certains billets ont été annulés parce qu'ils révélaient eux-mêmes la vraie nature de l'opération, à savoir la libéralité : exemple d'un billet motivé « valeur pour solde en dot », par des gens qui avaient marié leur fille, sans contrat de mariage et sans lui avoir régulièrement constitué aucune dot (Cass., 7 févr. 1898, D. 1901. 1. 68). Autre exemple d'une mère qui, en mariant sa fille, s'était fait promettre par elle une rente viagère, au moyen d'un acte sous seing privé, « comme témoignage de reconnaissance pour ses bons soins » ; il fut jugé que le billet était nul comme contenant non pas le *déguisement*, mais l'*aveu* d'une libéralité (Cass., 23 mars 1870, D. 70. 1. 327, S. 70. 1. 214). Comp. Cass , 7 janv. 1862, D. 62. 1. 188, S. 62. 1. 599 ; Caen, 22 mars 1911, P. et S. 1911. 2. 271 [1]. Enfin la donation déguisée sous forme de reconnaissance de dette peut être nulle, faute de dessaisissement, si le billet est resté en la possession du donateur jusqu'à sa mort (Dijon, 11 mai 1904, D. sous Cass., 1910. 1. 287 ; Cass., 17 juill. 1906, S. 1907. 1. 457).

Parfois le billet n'énonce aucune espèce de cause ; il est muet sur l'origine de l'obligation. Sur ce cas, les tribunaux ont hésité. Un arrêt a prononcé la nullité, parce que le déguisement de la libéralité faisait complètement défaut, aucune cause onéreuse n'étant attribuée à l'obligation (Cass., 23 mai 1876, D. 76. 1. 254, S. 76. 1. 342). Cette jurisprudence ne pouvait se maintenir, car l'indication de la cause n'est pas nécessaire dans le billet relatif à une convention onéreuse. Dès lors, on devait admettre que le signataire s'oblige valablement quand il déclare « devoir » une somme sans indication de cause, même s'il a voulu faire une libéralité (Cass., 11 juill. 1888, D. 89. 1. 479, S. 88. 1. 409). Comparez les solutions romaines pour le cas où la *cautio* (écrit) *indiscrete loquitur* (*Dig.*, liv. XXII, tit. 3, fr. 25, § 4).

Dans certains cas, la donation déguisée sous l'apparence d'une reconnaissance de dette prend une autre forme que celle du *billet* ou promesse de payer. Ainsi le futur mari peut *reconnaître*, dans le contrat de mariage, comme effectué par sa femme un apport purement fictif que celle-ci n'a jamais réalisé ; comme il devient débiteur de ce prétendu apport, qu'il sera obligé de lui rendre un jour, en réalité il lui en fait donation (Rennes, 9 févr. 1904, D. 1905. 2. 272).

***2555. Observation.** — Toutes les donations non solennelles, quelle que soit leur forme, dons manuels, donations indirectes, donations déguisées, sont également soumises aux *règles de fond* qui gouvernent les donations ordinaires, notamment pour les questions de capacité, de rapport à succes-

[1] Il y aurait en pareil cas une nuance à observer : il se pourrait que la libéralité prît un caractère nettement *rémunératoire*, si les soins donnés étaient appréciables en argent, et si l'obligation de les rémunérer était reconnue comme *obligation naturelle*, ainsi qu'il est expliqué dans le t. I, au n° 345. Ainsi jugé pour un neveu qui avait recueilli son oncle, qui l'avait hébergé et nourri, et auquel l'oncle avait souscrit un billet de 10 000 fr. qu'il reconnaissait « devoir pour les soins donnés ». Ce n'était pas une *libéralité*, mais un *paiement*, et l'acte n'était pas une donation déguisée. Le billet était donc valable (Cass., 11 fevr. 1896, D. 96. 1. 153, S. 96. 1. 69).

sion, de réduction en cas d'atteinte à la réserve, etc. — Elles ne sont dispensées que des *formalités extérieures* imposées aux donations entre vifs. Mais, comme elles se présentent sous une apparence qui n'est pas celle des donations, ceux qui veulent leur en appliquer les règles doivent commencer par en établir la véritable nature. Cette preuve leur est, en général, permise par tous les moyens (Cass., 10 mai 1905, D. 1908. 1. 276). Comp. t. II, nos 1204 à 1208.

§ 3. — *De l'état estimatif dans les donations de meubles.*

*2556. **Motifs de cette formalité.** — Les donations mobilières sont assujetties à une formalité spéciale : il doit être dressé un *état estimatif des meubles donnés* (art. 948. — Comp. ord. février 1731, art. 15).

Quel motif a fait exiger la rédaction de cet état comme une *solennité*, c'est-à-dire comme une condition intrinsèque de la donation, de façon qu'à défaut d'état la donation est réputée inexistante ? C'est le désir d'*assurer l'irrévocabilité de la donation*. On veut que le donateur se dépouille irrévocablement et ne conserve aucun moyen de reprendre ce qu'il a donné. Or, quand la donation a pour objet des effets mobiliers, qui ne sont point livrés tout de suite au donataire, le donateur aurait la possibilité de revenir au moins en partie sur la libéralité ; il pourrait détourner quelques-uns des objets donnés ou les détériorer, et le donataire ne recevrait pas tout ce qui lui avait été promis ; la donation serait en partie révoquée. Voilà pourquoi on veut qu'un état soit dressé, qui serve de titre au donataire et lui permette d'établir la quantité et la nature des objets qui lui avaient été donnés. Tel est le motif primitif qui a fait introduire cette formalité ; mais on verra que depuis son institution on lui a trouvé d'autres utilités.

*2557. **Forme de l'état.** — L'état peut être contenu *dans l'acte même de donation* ; auquel cas il a la forme authentique. Si on dresse un état séparé, il peut être fait *sous seings privés*, mais la loi veut alors qu'il soit *signé du donateur et du donataire* ou de ceux qui acceptent pour lui, et qu'il demeure annexé à la minute de la donation (art. 948).

2558. Ce qu'il doit contenir. — L'état doit d'abord contenir l'*énumération* de tous les objets donnés, ce qui peut être fort long s'il s'agit du don d'une collection.

L'ordonnance de 1731 se contentait d'un état énumératif; le Code veut de plus qu'il soit *estimatif*. C'est une précaution de plus, car le donateur aurait pu substituer aux choses données des choses semblables, mais de moindre valeur. De cette façon, l'irrévocabilité de la donation est assurée d'une manière absolue.

2559. Cas où il est nécessaire. — La rédaction de l'état estimatif est requise *quelle que soit la nature des meubles donnés*. Par conséquent il est nécessaire même pour les donations de *meubles incorporels* (Pau, 13 mai 1890, D. 90. 2. 345, S. 91. 2. 228). Cependant il y a certains meubles de ce genre pour lesquels l'estimation n'est pas nécessaire : ce sont les *créances de sommes déterminées* ; il suffira d'en indiquer le montant. Une évaluation ne servirait à rien.

L'état estimatif est également exigé, *même quand la donation est accompagnée de la tradition réelle des meubles donnés*. L'ordonnance de 1731 exprimait en termes formels une solution contraire : elle n'exigeait l'état qu'au cas où la donation « ne contenait pas une tradition réelle », et le projet de l'an VIII avait admis la même exception quand il y avait tradition réelle (Fenet, t. II, p. 281, art. 41). Il semble en effet qu'il soit alors inutile de protéger le donataire contre un retour de volonté du donateur, puisqu'il a déjà en sa possession tout ce qui lui est donné. Cependant ce membre de phrase a été supprimé dans le texte définitif, et avec raison, parce que l'irrévocabilité de la donation n'est pas la seule utilité qu'on trouve à cette rédaction d'un état. Voyez le numéro suivant.

On ne doit pas considérer la rédaction d'un état estimatif comme une *règle de fond*, mais bien comme une *règle de forme* des donations. Par conséquent, il n'est pas nécessaire dans les donations qui sont dispensées des formes (donations manuelles, accessoires, indirectes ou déguisées). C'est par erreur qu'un arrêt a exprimé le contraire dans ses motifs (Rennes, 14 févr. 1901, D. 1903. 2. 441) ; voyez la note sous cet arrêt.

***2560. Utilités secondaires de l'état.** — L'état ne sert pas seulement à empêcher le donateur de revenir sur sa libéralité ; il a d'autres utilités. Toutes les fois que le donataire sera obligé de rendre ce qu'il avait reçu, soit par l'effet du *rapport*, soit par l'effet de la *réduction*, soit à la suite d'une *cause de révocation* de la donation, l'état sera utilisé pour fixer soit la nature et la quantité des choses qu'il doit rendre, soit la valeur de celles qu'il ne pourra restituer en nature.

2561. Sanction. — A défaut d'état estimatif, la donation est atteinte d'une *nullité absolue*, l'une des formes requises ayant été omise, et le donateur lui-même peut se prévaloir de la nullité. Un état rédigé après coup ne validerait pas rétroactivement la donation nulle, parce qu'il ne remplirait nullement le vœu de la loi.

Quel serait l'effet d'une tradition réelle des objets compris dans la donation ? Inopérante comme confirmation d'une donation nulle en la forme (voyez ci-dessus, n° 2531), cette tradition pourrait *valoir comme don manuel*. Ce serait alors une libéralité nouvelle, dispensée des formes et valable par elle-même, mais ceci suppose que les choses données étaient des *meubles corporels* : l'exécution d'une donation portant sur des créances qui ne seraient pas constatées par des titres au porteur resterait dépourvue d'effet.

Section II. — De l'acceptation des donations.

§ 1. — *Formes de l'acceptation.*

****2562-2563. Solennité de l'acceptation.** — La donation, étant un contrat, exige naturellement le consentement du donataire : il faut qu'il *accepte* ce qu'on lui offre. Mais il ne suffit pas qu'il y ait une acceptation sous une forme quelconque ; il faut que cette acceptation soit *revêtue de formes solennelles*, sans lesquelles la donation ne pourrait pas se parfaire. Ces solennités sont : 1° la *forme expresse* ; 2° la *forme authentique* de l'acceptation.

Forme expresse. — L'art. 932 veut que la donation soit acceptée « en termes exprès ». Dans un contrat ordinaire, l'acceptation de la convention

par l'une des parties peut être *tacite*, et s'induire de certaines circonstances, telles que sa présence à l'acte et sa signature. Pour les donations, la loi exige une *mention expresse d'acceptation*. Il n'y a cependant pas de termes sacramentels, et le mot « accepter » pourrait être remplacé par d'autres ; mais le plus simple est encore de dire que la donation est « faite à telle personne, qui accepte ».

Forme authentique. — L'acceptation étant un élément essentiel du contrat doit se faire dans la même forme que l'offre, c'est-à-dire *par acte notarié* et *en minute* (art. 931 et 932, al. 2). Il n'y a d'exception que pour les cas particuliers où la donation peut se faire sans acte notarié.

2564. Acceptation par acte séparé. — Dans le cas normal, l'acte est signé par les deux parties présentes en même temps devant les deux notaires. C'est ce que suppose l'art. 931, l'art. 1. Mais il est possible que la donation soit d'abord *offerte* par le donateur et *acceptée* plus tard par le donataire. Elle se fait alors en deux actes séparés. C'est le cas que prévoit l'art. 932. Tous deux doivent alors se faire dans la forme authentique (art. 932, al. 2) et en la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843 ; L. 12 juin 1903).

***2565. Notification de l'acceptation.** — Quand l'acceptation intervient ainsi par acte postérieur, elle doit être *notifiée au donateur*, et la donation n'aura d'effet à l'égard de celui-ci qu'à compter du jour où cette notification lui aura été faite (art. 932). Cette notification se fait par acte d'huissier. C'est une formalité supplémentaire imposée aux donations ; dans un contrat ordinaire il suffirait que la partie qui a fait l'offre eût connaissance, d'une manière quelconque, de l'acceptation de l'autre partie.

La nécessité d'une notification est une innovation du Code : elle a été introduite sur la demande du Tribunat, qui a fait observer que le donateur pourrait ignorer une acceptation faite hors de sa présence et disposer de bonne foi des choses données. Elle a donc été établie dans l'intérêt du donateur.

***2566. Inutilité de l'acceptation expresse dans les donations déguisées.** — Les formes solennelles établies pour l'acceptation des donations ostensibles ne sont évidemment pas nécessaires dans les donations déguisées qui sont dispensées de toute solennité. Au fond, l'acceptation est bien nécessaire, pour que le contrat se forme, mais il est inutile de l'exprimer dans l'acte. La difficulté ne se pose pas pour les donations déguisées sous la forme d'une vente, parce que la vente est un contrat synallagmatique, dans lequel on a l'habitude de dire qu'elle est faite à telle personne « qui accepte », et d'ailleurs l'acte est signé par les deux parties, de sorte que l'acceptation est suffisamment prouvée.

Il en est autrement pour les donations faites sous la forme d'une recon-

naissance de dette : le billet est un acte unilatéral, qui ne porte qu'une seule signature. On s'est donc demandé si les donations ainsi faites n'étaient pas nulles pour défaut d'acceptation. Mais cette cause de nullité a été écartée de très bonne heure (Paris, 4 juin 1829, S. 30. 2. 319 ; Cass., 3 déc. 1878, D. 79, 1. 271 ; Cass., 29 mai 1889, D. 89. 1. 369, S. 89. 1. 471). Voyez cependant ci-dessous, n° 2578.

§ 2. — *Époque de l'acceptation.*

2567. Mort du donateur. — La donation est un contrat entre vifs qui ne peut se former que *du vivant des deux parties.* L'acceptation doit donc intervenir avant la mort du donateur (art. 932). Si le donateur est déjà mort, son offre tombe par son décès, et ne peut plus être utilement acceptée ; les héritiers d'une personne décédée sont bien liés par ses *obligations,* mais ils ne succèdent pas à ses *pollicitations.*

D'ailleurs, tant que le donateur est vivant, aucun délai particulier n'est fixé au donataire pour accepter, sauf l'effet des événements indiqués aux deux numéros suivants.

2568. Survenance d'une incapacité de donner. — Si le donateur était frappé d'une peine criminelle perpétuelle, lui enlevant la capacité de disposer à titre gratuit, l'acceptation ne pourrait plus intervenir utilement.

2569. Révocation de l'offre de donation. — Il en serait de même si le donateur *retirait son offre* : l'offre non acceptée ne le lie pas, et l'acceptation d'une offre n'est plus possible quand elle a été retirée.

Cette révocation peut être *expresse,* et se faire même par acte sous seing privé, pourvu qu'il ait *date certaine* (art. 1328) ; elle peut aussi être *tacite* : elle résultera, par exemple, de l'aliénation ou de la destruction des biens qui avaient été offerts.

***2570. Question relative à la notification.** — La notification de l'acceptation doit, elle aussi, se faire avant l'un ou l'autre des événements susindiqués (Cass., 16 ou 18 nov. 1861, D. 62. 1. 28, S. 62. 1. 89). La loi dit formellement que la donation *n'a d'effet à l'égard du donateur* que du jour où la notification de l'acceptation lui est parvenue (art. 932, al. 2). Cela a été fait dans l'intérêt du donateur et pour lui ménager sa liberté d'action jusqu'au jour où il est averti de l'acceptation du donataire. A son égard, la donation n'est donc réputée parfaite que du jour où la notification lui arrive. C'est ce qui fait que cette notification doit avoir lieu avant qu'il ne soit mort ou devenu incapable.

A l'égard du donataire, une difficulté s'élève : ne résulte-t-il pas des termes restrictifs employés par l'art. 932 que la notification est nécessaire pour

parfaire la donation seulement à l'égard du donateur, et que pour le donataire la donation sera réputée parfaite dès le jour de son acceptation ? C'est ce que pensent la plupart des auteurs, qui décident que la notification de l'acceptation peut avoir lieu même après que le donataire est mort ou devenu incapable de recevoir à titre gratuit (AUBRY et RAU, t. VII, § 650, texte et note 4. — Voyez cependant LAURENT, t. XII, n° 264).

§ 3. — *Par qui doit être faite l'acceptation.*

2571. Majeurs non interdits. — Quand la donation est faite à une personne maîtresse de ses droits, elle doit être acceptée par elle-même ou par son *fondé de pouvoirs*. Si c'est un mandataire qui accepte, sa procuration doit remplir les conditions suivantes :

1° *Être authentique*. La présence réelle du notaire en second ou des témoins qui le remplacent est nécessaire (L. 21 juin 1843, art. 2);

2° *Porter pouvoir spécial d'accepter les donations*. Un pouvoir général d'administrer les biens d'une personne et de la représenter ne suffirait pas (art. 933, al. 1er);

3° *Rester annexée à l'acte d'acceptation* (art. 933, al. 2).

Faut-il en outre que la procuration soit *passée en minute* par le notaire qui la reçoit ? L'art. 933 semble le supposer puisqu'il dit qu' « une *expédition* sera annexée à la minute de la donation ». Or il n'y a d' « expéditions » que quand il y a une minute. Cependant cette forme paraît inutile puisqu'une *procuration en brevet*, annexée à la donation, offre les mêmes garanties d'authenticité.

2572. Incapables. — Les règles applicables aux personnes qui sont capables de recevoir des libéralités, mais qui ne peuvent les accepter librement à raison d'une incapacité générale dont elles sont frappées, seront expliquées plus loin, parmi les règles communes aux donations et aux testaments (ci-dessous, nos 2930 à 2942).

§ 4. — *Effet du défaut d'acceptation.*

A. — Refus d'accepter.

2573. Situation des incapables. — Si l'acceptation n'est point donnée, la donation ne se conclut pas; l'offre tombe, et il n'y a rien de fait. Ce résultat négatif présente un intérêt à l'égard des *incapables* : ils ne sont *pas restituables*, dit l'art. 942, *contre le défaut d'acceptation*. On peut bien restituer une personne contre un acte fait par elle; mais comment accorder la restitution contre un acte qui n'a pas été fait?

L'incapable en est alors réduit à exercer un recours contre la personne qui aurait dû accepter en son nom. L'énumération des personnes responsables que donne l'art. 942, qui ne nomme que les maris et tuteurs, n'est pas limitative. C'est l'application d'une règle générale, qui s'étend à tout administrateur responsable, comme le père, administrateur légal, ou comme les administrateurs des établissements publics et autres.

D'ailleurs un administrateur ne peut être déclaré responsable que s'il y a faute de sa part, « s'il y échet », dit l'art. 942.

B. — Annulation de l'acceptation.

2574. Question sur la nullité. — Quand l'acceptation est irrégulière, sa nullité entraîne celle de la donation. Quel est le caractère de cette nullité ? Y a-t-il alors simple *annulabilité* ouvrant l'action en nullité à une personne déterminée ? Ou bien est-ce une

nullité de plein droit, qui rende la donation *inexistante* selon la formule de certains auteurs, et qui ouvre à tous l'action en nullité ? Cette question ne peut pas recevoir de réponse unique.

1° Nullité pour vice de forme.

2575. Nullité absolue. — Si l'acceptation est nulle pour vice de forme, comme ayant été donnée verbalement ou sous seing privé, la donation est radicalement nulle, car l'acceptation est un des éléments constitutifs de la donation et elle doit être revêtue de la forme authentique, comme l'offre faite par le donateur. Ceci suppose, bien entendu, qu'on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels où la donation peut se faire sans acte notarié.

2° Nullité pour incapacité.

* **2576. Jurisprudence.** — Supposons maintenant que l'acceptation ait été donnée *régulièrement en la forme*, mais qu'*elle émane d'un incapable* ; la règle de la solennité ayant été observée, il semble que l'incapacité devrait produire ici son effet ordinaire, qui est la *simple annulabilité de l'acte* (t. I, nos 340 et 1631). Ce n'est pourtant pas ce que décide la jurisprudence. D'après les arrêts, la donation acceptée par un incapable non assisté ou autorisé est atteinte d'une *nullité absolue*, qui rend l'acte inexistant, de sorte que le donateur lui-même peut refuser d'exécuter sa promesse et se prévaloir de la nullité, comme tout autre intéressé (Cass., 11 juin 1816, S. chr., t. V, p. 202 ; Grenoble, 14 juill. 1836, D. 37. 2. 158, S. 39. 2. 259 ; Cass., 14 juill. 1856, D. 56. 1. 282, S. 56. 1. 641 ; Cass., 15 juill. 1889, D. 90. 1. 100, S. 89. 1. 412). Cependant il y a eu de tout temps quelques dissidences (Nancy, 4 févr. 1839, D. 39. 2. 128, S. 39. 2. 459 ; Alger, 31 juill. 1854, D. 56. 2. 168, S. 54. 2. 748 [arrêt cassé] ; Lyon, 23 mars 1877, D. 78. 2. 33. Note de M. Labbé, dans *Sirey*, 81. 5. 49).

Pour justifier leur solution, les arrêts se bornent à dire que les art. 1125 et 225, qui instituent la nullité relative au cas d'incapacité de l'une des parties, « ne sont pas applicables aux donations » (arrêt précité du 15 juill. 1889). Le motif est donné d'une façon plus explicite par M. Bugnet : on considère la donation « comme un acte du droit civil, lequel n'est parfait que par l'accomplissement ponctuel des formalités rigoureuses exigées par la loi » (*Œuvres de Pothier*, t. I, p. 360, note 4). En développant cette idée, on a dit que les règles relatives à l'acceptation des donations sont placées sous la rubrique « De la forme des donations entre vifs », et que l'art 938 ne considère comme parfaite que la donation « dûment acceptée ». Tant qu'elle n'est pas acceptée *dûment*, elle n'existe donc pas.

Critique. — Un grand nombre d'auteurs ont accepté comme fondée la solution de la jurisprudence (voyez les citations dans D. 87. 1. 443, note 4). Mais il en est toujours quelques-uns qui protestent hautement contre cette solution, et il faut bien avouer que leurs critiques sont absolument justes.

La jurisprudence confond deux choses : la nullité qui peut tenir au *défaut de solennité*, et celle qui provient du *défaut de capacité* du donataire. Quand la donation est régulière en la forme, et qu'il n'y a pas d'autre motif de nullité que l'incapacité de l'une des parties, il n'y a aucune raison pour que la nullité soit absolue [1]. Admettrait-on qu'une

[1] A l'origine, c'est-à-dire entre l'ordonnance de 1731 et le Code civil, la question ne s'est pas posée tout à fait sur le même terrain qu'aujourd'hui. La plupart des auteurs permettaient aux incapables (spécialement au mineur) d'accepter les donations à eux

donation *faite* par un incapable est inexistante ? Certainement non ! Pourquoi veut-on être plus sévère pour l'incapable qui s'est borné à *accepter* seul une donation qu'on lui offrait ?

2577. Cas exceptionnel. — Le seul cas où la nullité absolue soit justifiée est celui de l'art. 937 (acceptation irrégulière au nom d'une personne morale), parce que la nécessité d'une autorisation administrative est fondée sur une considération d'intérêt général : ce n'est pas une mesure de protection pour l'incapable ; elle est bien plutôt prise contre lui.

2578. Difficulté pour les donations déguisées. — Les acceptations faites par des incapables non autorisés ont donné lieu à un certain nombre de procès dans les cas de donations déguisées au moyen de billets ou reconnaissances de dettes. Ces donations, pour lesquelles il n'est justifié d'aucune autorisation d'accepter, à raison de la forme unilatérale de l'engagement souscrit par le donateur, ne sont-elles pas nulles pour incapacité ? Et la nullité qui en résulte ne doit-elle pas être, elle aussi, une nullité absolue par application de la jurisprudence admise pour les donations ostensibles ? Il a été jugé, en principe, que ces donations ne peuvent pas être attaquées *par le donateur* et que, s'il est établi que la donation n'a pas été régulièrement autorisée, il n'en saurait résulter qu'une *nullité relative*, qui ne pourrait être demandée que par l'incapable ou par ses représentants (Cass., 3 déc. 1878, D. 79. 1. 271, S. 79. 1. 72 ; Cass., 29 mai 1889, D. 89. 1. 369, S. 89. 1. 471).

En écartant la nullité absolue, on a voulu empêcher le donateur de se procurer une sorte de *jus pœnitendi*, alors que la loi n'a nullement songé à le protéger lui-même en établissant l'incapacité de son donataire.

Cependant, comme toutes ces questions sont complexes et délicates, quelques arrêts ont admis l'existence d'une nullité d'ordre public, dans des affaires où il s'agissait de libéralités considérables, faites à des femmes mariées, au moyen de billets et à l'insu de leurs maris (Aix, 10 mars 1880, S. 81. 2. 49, note de M. Labbé ; Toulouse, 9 mars 1885, D. 87. 1. 443, S. sous cass. 86. 1. 316). Peut-être la jurisprudence pourrait-elle donner une satisfaction suffisante à la morale, sans se contredire elle-même, en annulant ces donations pour *cause illicite*, comme elle le fait pour les concubins (ci-dessous, nos 2884 et 2943 *bis*).

Section III. — Effets des donations.

***2579. Division.** — La donation est un *contrat* ; elle fait *naître des obligations* ; en outre, quand elle a pour objet une chose déterminée, elle *transfère la propriété* ou *crée des droits réels*.

§ 1. — *Obligations réciproques des parties.*

A. — Obligations du donateur.

1° Délivrance

***2580. Exécution de la donation.** — De même qu'un vendeur, le donateur doit *délivrer* les choses données et exécuter tout ce qu'il a promis. A cet égard, il n'y a rien de particulier à en dire ; la nature de ses obli-

offertes, sous la seule réserve de leur action en restitution s'il en résultait pour eux quelque préjudice à raison des charges dont la donation était accompagnée. Leur raison était qu'un mineur peut faire seul sa condition meilleure (Pothier, *Introd. à la coutume d'Orléans*, tit. XV, n° 31 ; Prévot de L. Jeannès, *Principes*, t. II, n° 452 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, Donations, 4e part., chap. iv, sect. 4, n° 26). Seuls Ricard et Furgole s'étaient prononcés pour la nullité absolue ; mais Pothier (*loc. cit.*) avait parfaitement montré en quoi chacun d'eux avait commis une erreur. — Ricard cite un arrêt de 1631 qui avait admis la nullité absolue, mais il s'agissait d'une donation faite à une *femme mariée*, et on sait que sous l'ancien droit l'autorisation maritale était considérée comme une formalité dont l'absence entraînait nullité absolue.

gations varie selon la nature des objets donnés et selon les termes de la convention.

2° Garantie.

* **2581. Absence d'obligation.** — A la différence de la vente, la donation n'entraîne pas l'obligation de garantie, du moins en principe. Le donateur donne son bien ; il le donne tel qu'il l'a et n'entend point contracter d'obligation au delà. Si le donataire est évincé, le donateur n'est donc pas tenu de l'indemniser.

* **2582. Garantie du fait personnel.** — Toutefois si le donateur n'est pas responsable de l'éviction causée par un tiers, il est toujours garant de son fait personnel. Ainsi, si l'on suppose que le donataire a omis de transcrire, et que le donateur vende à un tiers l'immeuble donné ou le grève d'hypothèque, il s'exposerait à un recours en garantie conformément au droit commun.

2583. Actions diverses appartenant au donataire. — S'il n'a pas contre le donataire l'action ordinaire en garantie quand il est évincé par un tiers, le donataire peut néanmoins exercer selon les cas des recours divers qui pourront lui procurer une indemnité.

1° S'il y a eu *dol du donateur*, qui lui a cédé de mauvaise foi un immeuble dont il savait n'être pas propriétaire, l'action de dol, fondée sur l'art. 1382, s'ouvrira à son profit.

2° Si c'est un *immeuble hypothéqué* qui lui a été transmis, et si le donataire paie les créanciers pour conserver son bien, il sera *subrogé* dans leurs droits, et pourra recourir, le cas échéant, contre le donateur lui-même, qui pouvait être personnellement tenu de ces dettes.

3° Enfin le donataire peut toujours exercer, *du chef du donateur*, le recours en garantie que celui-ci pouvait avoir *contre les précédents propriétaires* : le donateur est réputé le lui avoir cédé en même temps que l'immeuble.

* **2584. Cas où la garantie a lieu.** — Exceptionnellement le donateur peut se trouver tenu à garantir le donataire contre l'éviction provenant du fait des tiers. Cela arrive dans deux cas :

1° *Quand la donation est faite à titre de dot* (art. 1440 et 1547 et ci-dessus, n°s 867 et suiv.).

2° *Quand la garantie a été spécialement promise au donataire par une clause expresse.*

Cette garantie exceptionnelle est donc tantôt conventionnelle et tantôt légale.

B. — Obligations du donataire.

2585. Énumération. — Bien que la donation soit un contrat gratuit, elle met cependant à la charge du donataire diverses obligations, qui concernent : 1° la *reconnaissance* due au donataire ; 2° l'*exécution des charges* ; 3° le *paiement des dettes* du donateur. — La première seule existe toujours ; les deux autres peuvent faire défaut.

2586. Devoir de reconnaissance. — Le donataire doit se montrer reconnaissant de la libéralité qu'il a reçue, et ce devoir se traduit pour lui sous une double forme juridique :

1° Il peut être obligé de *fournir des aliments au donateur* (arg. art. 955-3°, et ci-dessous, n° 2646).

2° Il s'expose à se voir retirer le bénéfice de la libéralité, au moyen de l'*action en révocation pour ingratitude* (art. 955, et ci-dessous, n°s 2637 et suiv.).

****2587. Exécution des charges.** — Si la donation est onéreuse et impose au donataire certaines charges ou prestations, le donataire est tenu de les accomplir comme il a été convenu : c'est l'effet classique du contrat *do ut des* ou *do ut facias*. Il ne pourrait même s'affranchir de cette obligation, s'il trouvait ces charges trop lourdes, en renonçant au bénéfice de la libéralité. Enfin l'inexécution des charges ouvre contre lui au donateur une *action en résolution*, analogue à celle qui appartient au vendeur pour défaut de paiement du prix (ci-dessous, n°s 2631 et suiv.). Mais le tribunal peut accorder un délai de grâce au donataire pour l'exécution de ses obligations (Cass., 5 juill. 1905, D. 1905. 1. 456, S. 1906. 1. 39).

**** 2588. Paiement des dettes.** — Le donataire est-il obligé de payer les dettes du donateur ? La question ne se pose pas pour le donataire d'un objet particulier ou d'une somme d'argent. De l'aveu général, *il n'est pas obligé au paiement des dettes, à moins qu'il ne s'y soit expressément soumis* C'est l'effet de sa qualité d'ayant cause particulier.

Mais ne faut-il pas le déclarer tenu de plein droit, lorsque la donation porte sur la totalité des biens du donateur ou sur une fraction considérable de la masse ? Grande et importante question, disait Ricard, et qui a été peu entendue. Cependant la solution en paraît acquise aujourd'hui, à l'aide de deux principes bien fermes : d'une part, les acquéreurs à titre particulier ne sont pas tenus de plein droit des dettes de leur auteur ; d'autre part, il n'y a d'acquisitions à titre universel que dans les transmissions par décès. Celui qui acquiert *entre vifs* une portion considérable des biens d'une autre personne, ou même la totalité de ces biens, n'est donc qu'un *acquéreur à titre particulier* : il n'a droit qu'aux biens compris dans la convention ; il ne succède pas au *patrimoine*, qui est attaché à la personne et inaliénable. Seuls, ceux qui succèdent à une personne décédée (héritiers, légataires et donataires de biens à venir) sont donc tenus des dettes ; le donataire entre vifs n'en est pas tenu [1]. La jurisprudence est fixée en ce sens (Toulouse, 29 janv. 1872, D. 73. 2. 111, S. 73. 2. 200 ; Grenoble, 12 mai 1882, S. 82. 2. 246). Comp. Ferrière, *Compilation*, art. 334 ; Demante, *Cours*, t. IV, n° 87 *bis*.

[1] La raison principale qui a amené ce changement d'opinion, c'est que, tant que le débiteur est vivant, il reste personnellement tenu de ses dettes et que l'aliénation de ses biens ne le décharge pas de ses obligations, tandis qu'après sa mort, ses créanciers ne trouveraient plus personne pour jouer le rôle de débiteur, si on n'admettait pas que cette qualité est transmise à ceux qui lui succèdent.

Mais si le donataire de la totalité des biens n'est pas tenu de plein droit des dettes du donateur, il peut s'y obliger par une convention spéciale, et cette convention est facilement sous-entendue. Par exemple on la voit dans le fait d'avoir annexé à l'acte de donation un *état des dettes actuelles du donateur* : cette circonstance révèle une convention non exprimée, d'après laquelle le donataire a pris l'engagement de payer ces dettes, en limitant son obligation à celles qui sont énumérées dans l'état. Voyez les arrêts de 1872 et 1882 précités. — Quand le donateur s'est ainsi engagé à payer à la place du donateur, il se trouve *débiteur direct* des créanciers qui peuvent le poursuivre et il est tenu envers eux *personnellement*, c'est-à-dire même au delà de son émolument. Cette convention peut être *tacite*, et sa constatation est une question de fait (Cass, 13 nov. 1854, D. 55. 1. 7).

Enfin un autre tempérament doit être admis qui rapproche singulièrement le donataire entre vifs du donataire de biens à venir. Alors même que le donataire n'aurait pris aucun engagement ni exprès ni tacite, le donateur est autorisé à ne lui délivrer les biens donnés que *déduction faite de ses dettes*, si la donation a été faite « per modum universitatis » c'est-à-dire si elle porte sur la totalité ou sur une fraction aliquote de la totalité, comme la moitié ou le tiers. Il peut dire en effet qu'il a pris le mot « biens » dans son sens usuel, c'est-à-dire déduction faite du passif, conformément à l'antique adage : « Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno » ; d'autant plus que, sans cela, il pourrait être considéré comme ayant voulu faire fraude à ses créanciers (Toulouse, 29 janv. 1872 précité).

On voit que la jurisprudence en arrive facilement à *présumer* une convention relative aux dettes et qu'elle les met presque de plein droit à la charge du donataire. Comp. Limoges, 8 mars 1851, D. 53. 1. 110, S. 52. 1. 825; Montpellier, 13 janv. 1854, D. 55. 2. 211.

§ 2. — *Transfert de la propriété.*

*2589. **Renvoi.** — Comme la vente, la donation sert à transférer la propriété et à créer des droits réels. Toutes les règles qui lui sont applicables à ce point de vue ont été expliquées dans le t. I, à propos du transfert de la propriété par convention. Elles font partie du programme de première année.

Quelques détails complémentaires restent seulement à donner, sur les titres à transcrire et sur les personnes chargées de faire opérer la transcription, quand il s'agit de donations immobilières.

2590. Titres à transcrire. — Tous les titres qui concourent à la formation de la donation doivent être transcrits. Ordinairement il n'y en a qu'un : l'acte de donation. Il peut y en avoir trois : l'offre du donateur, l'acceptation du donataire, et la notification de l'acceptation.

Aucun délai n'est fixé; cette formalité peut être remplie même après la mort du donateur ou du donataire.

2591. Par qui la transcription est requise. — La loi énumère certaines personnes qui peuvent faire faire la transcription sans y être obligées, et certaines autres auxquelles elle en fait une obligation.

I. — Personnes ayant la faculté de faire transcrire. — De ce nombre sont :

1° *Le donataire.* Il peut faire procéder à cette formalité, même quand il est incapable, parce que la transcription n'est qu'une mesure conservatoire de son droit. L'art. 940 le dit formellement pour les femmes mariées non autorisées. On doit donner la même solution pour les autres incapables, tels que les mineurs.

2° *Les parents et amis du donataire mineur ou interdit.* La loi n'en parle pas, mais ils peuvent requérir l'inscription de son hypothèque légale (art. 2139 et 2194), d'où l'on tire un argument d'analogie.

II. — Personnes tenues de faire transcrire. — Aux termes de l'art. 940, ces personnes sont les *maris*, *tuteurs*, *curateurs* et *administrateurs*, selon que la donation est faite à une femme mariée, à un mineur ou à un interdit, à un établissement public ou d'utilité publique. Ce texte a soulevé diverses difficultés de détail.

Pour le mari d'abord, il faut faire une distinction. Son obligation de faire transcrire la donation se comprend très bien quand le régime matrimonial lui donne l'administration des biens de sa femme : alors il est tenu de faire opérer la transcription, qu'il ait ou non autorisé l'acceptation. Mais si le mari n'est point administrateur des biens de la femme, on ne saurait lui imposer cette charge ; c'est à la femme de faire procéder aux formalités voulues, et son mari ne saurait être responsable de la négligence commise par elle.

Pour le curateur, je pense qu'il n'est point responsable, parce qu'il n'a pas l'administration des biens du mineur émancipé. C'est par erreur que le Code le mentionne à côté du mari et du tuteur. Ses rédacteurs ont copié l'ordonnance de 1731, dans laquelle le mot « curateur » se référait aux *curateurs des interdits*, qui sont aujourd'hui remplacés par des tuteurs. D'ailleurs, s'il était tenu, il serait responsable ; et on peut noter que l'art. 942, qui parle du recours de l'incapable, ne nomme pas le curateur et dit seulement « les tuteurs et maris ».

Section IV. — De l'irrévocabilité des donations.

§ 1. — *Notions générales et historiques.*

** **2592. La maxime « Donner et retenir ne vaut ».** — Il existait dans notre droit français une très ancienne règle coutumière qu'on exprime ainsi : *Donner et retenir ne vaut.* On en avait fait un article dans beaucoup de coutumes (Coutumes de Paris, rédaction de 1580, art. 273 ; art 160 A. C. — Comp. Coutumes d'Orléans, art. 283) et Loysel l'a mise au rang de ses maximes (n° 659).

* **2593. Sens primitif de la maxime.** — Pour nos anciens auteurs, cette règle signifiait que *le donateur devait faire tradition de la chose donnée* ; s'il la *retenait* en sa possession jusqu'à sa mort, *la donation était nulle*, et son exécution ne pouvait être exigée de ses héritiers [1].

2594. Ses origines. — Depuis le XVIe siècle, la plupart des auteurs français ont cru avoir affaire à une règle d'origine coutumière, née en France, et ils lui ont cherché des explications théoriques diverses. Gui Coquille disait : « Elle procède du naturel des vrais françois, qui est de faire franchement et à cœur ouvert, sans retenir à couvert. » Mais quelques-uns ont bien vu qu'elle venait de plus loin, entre autres Ferrière et Lau-

[1] Que tel soit bien le sens primitif de la maxime, cela n'est pas douteux. Écoutez Laurière : « Quand le donateur est mort sans avoir fait la tradition de la chose donnée nous disons *qu'il l'a retenue*, et qu'ainsi il n'en a point disposé parce que ce n'est pas donner que de retenir ce que l'on donne » (sur l'art. 273 de la coutume de Paris). Comparez Glanville, jurisconsulte anglais du XIIe siècle : « Ita quod si donationem illam seisina fuerit secuta, perpetuo remanebit illi cui donata fuerit terra illa ; ... si vero donationem talem nulla secuta fuerit seisina, nihil post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest » (VII, 1 ; dans les *Coutumes anglo-normandes*, de Houard, t. I, p. 461-462).

rière. Ce dernier surtout signale sa ressemblance avec une constitution de Constantin, de l'an 316, qui forme la loi 1re au *Code Théodosien, De Donationibus* (Liv. VIII, tit. 12)[1], et qui exige une tradition réelle (corporalis) pour la validité de la donation. Quand on sait quel rôle prépondérant la « Lex theodosiana » a joué dans la formation de notre droit national, alors que la législation de Justinien n'était pas encore connue dans les Gaules, on est frappé de cette similitude, d'autant plus que la transition entre le Code romain du ve siècle et nos plus anciens textes coutumiers qui remontent au XIIe siècle[2], est établie par les chartes de l'époque carolingienne qui nous montrent conservées dans la pratique, à l'état vivant, pour ainsi dire, les prescriptions de la loi de Théodose[3]. Que le maintien de cette solution ait été favorisé par les idées primitives de notre droit sur la formation des contrats, cela est probable; mais cela n'en change pas l'origine, qui est romaine. Comp. Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, p. 31 et suiv.; Alb. Desjardins, *Origine de la règle Donner et retenir ne vaut*, Paris, 1868.

2595. Utilité pratique. — Cette règle si ancienne s'est toujours conservée parce qu'elle s'est trouvée d'accord avec les tendances constantes de notre droit. Les donations ont toujours été vues avec défaveur ; leur liberté encourage les manœuvres de captation et de fraude, et de tout temps les législateurs ont cherché soit à les restreindre, soit tout au moins à les entourer de publicité pour forcer les deux parties à faire connaître la nature de leur opération [4]. Afin de rendre plus rares les donations, on jugea utile de conserver une règle qui obligeait le donateur à se dépouiller lui-même de son vivant et d'une manière irrévocable. La faculté de donner étant considérée comme de droit naturel, on n'y avait point porté atteinte ; mais on cherchait à en restreindre l'usage, « afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner », ainsi que l'explique très clairement Pothier (*Donations entre vifs*, n° 65). Comp. Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 253.

Cette sévérité paraissait d'autant plus nécessaire que les *réserves coutumières* (parts de la succession réservées aux parents) ne protégeaient les héritiers que contre les testaments et non contre les donations. On n'avait

[1] Ce texte est ainsi conçu : « Et corporalis traditio subsequatur, ad excludendam vim et irreptionem, advocata vicinitate omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur donatam rem... »

[2] Le plus ancien est le texte de Glanville cité plus haut au n° 2593, n° 1. Glanville est mort en 1190. On peut en rapprocher différents textes des *Assises de Jérusalem*, d'où il résulte que « le don qui est fait en dit ne sera valable ne estable parce que ce n'aura este que proumece » (*Jean d'Ibelin*, chap. 144) ou encore que « don ne vaut sans saisine de la chose » (*Cour des Bourgeois*, chap. 214). Comp. *Assises de la Haute Cour*, § 194. — Voyez aussi Britton (XIIIe siècle) : « Ne suffist nul doun sans le bail de la seisine » (*De Purchas, in fine*, dans Houard, t. IV, p. 147).

[3] Je ne puis entrer ici dans l'examen détaillé de cette question historique. Qu'on lise seulement, dans l'édition de Zeumer, les formules 3, 4 et 6 du livre II de Marculfe, et les chartes de donation du IXe siècle, contenues dans le cartulaire de Redon. On y verra la nécessité d'une tradition pour faire valoir la donation, la nullité du don quand le donataire est resté saisi jusqu'à sa mort, et l'usage de convoquer tous les voisins pour assister à la tradition, comme le voulait Théodose.

[4] Ce mouvement est ancien. Comme exemple de loi restrictive des donations, on peut citer la *loi Cincia*, qui remonte à 200 ans environ avant J.-C. (an de Rome 550). Ses dispositions furent remplacées par le système de l'*insinuation*.

pas trouvé d'autre moyen de réduire les donations excessives et d'assurer la conservation des biens dans les familles.

***2596. Caractère spécial de l'irrévocabilité des donations.** — Sous l'influence de l'esprit coutumier, la maxime « Donner et retenir ne vaut » prit un sens qu'elle n'avait pas eu primitivement. Son origine est le principe romain qui refusait à la donation la force obligatoire des contrats [1] : son résultat final a été de créer pour les donations une *irrévocabilité plus rigoureuse que pour les autres contrats*, dans une législation qui reconnaît contrairement au droit romain primitif, que la donation est un contrat [2].

Toute convention est irrévocable, en ce sens qu'une fois qu'elle est conclue, elle ne peut plus être détruite par la volonté de l'une des parties : elle fait loi pour tous ceux qui ont pris part (art. 1134). Mais cette irrévocabilité a des limites ; elle est fondée sur la volonté présumée des parties. Celles-ci peuvent donc *réserver à l'une d'elles le moyen de rompre le contrat* ; rien ne les empêche de stipuler une *clause de dédit*, avec ou sans fixation d'une somme à payer par celui qui se retire ; rien ne les empêche non plus de subordonner l'effet de leur convention à *l'accomplissement d'une condition qui dépend de la volonté de l'une d'elles*. Les conventions ordinaires sont donc susceptibles d'une certaine faculté de révocation. Or, *c'est justement ce qui est impossible dans les donations* : leur irrévocabilité spéciale et caractéristique exclut tout ce qui pourrait permettre au donateur un retour de volonté ; il ne peut se réserver aucun moyen, direct ou indirect, de reprendre ce qu'il a donné. On voit combien cette irrévocabilité est exorbitante du droit commun, et combien aussi s'est amplifiée à travers les âges la règle antique qui considérait simplement la donation comme non faite quand le donateur ne l'avait pas exécutée de son vivant.

2597. Insuffisance des motifs actuels de la règle. — Sur cette base, le droit français a établi pour les donations un ensemble de règles dont le maintien jusqu'à l'heure actuelle est difficile à expliquer. Elles se justifiaient dans l'ancien droit, alors que rien ne protégeait les familles contre les donations : on cherchait à rendre rares des libéralités qu'on jugeait dangereuses et qu'on n'osait ni prohiber ni restreindre ouvertement. Aujourd'hui que les héritiers à réserve sont protégés contre les donations aussi bien que contre les legs, toutes ces règles paraissent hors de raison. Peut-être pourrait-on les faire

[1] On sait qu'en droit romain la donation n'avait pas été classée parmi les contrats. La promesse de donner était donc un simple pacte, dépourvu de toute valeur obligatoire, et la donation ne produisait d'effets que lorsqu'elle avait été exécutée. Tel fut du moins le point de départ, et ce principe était encore admis à l'époque classique ; c'est seulement sous Justinien que la donation fut définitivement classée parmi les contrats.

[2] Lauriere avait très bien vu la différence qui séparait sur ce point le droit français du droit romain, et il a cherché à expliquer par des raisons théoriques le maintien de la nécessité d'une tradition faite du vivant du donateur malgré la force obligatoire reconnue aux donations (*Coutume de Paris*, t. II, p. 328).

disparaître de nos lois. En tout cas, on ne peut plus leur trouver d'autre fondement que le désir de protéger le donateur lui-même contre ses propres entraînements, ce qui est toujours un motif sujet à discussion, car il semble qu'aucune protection n'est due au majeur sain d'esprit.

§ 2. — *Conventions prohibées par la loi.*

****2598. Énumération.** — Les conventions prohibées actuellement comme contraires à l'irrévocabilité de la donation sont au nombre de quatre, prévues l'une après l'autre dans les quatre art. 943 à 946, savoir :

1° La *donation de biens à venir* ;

2° La *donation sous condition potestative* ;

3° La *charge de payer les dettes futures du donateur* ;

4° La *réserve du droit de disposer des choses données.*

Ces dispositions ont été empruntées à Pothier, qui en donnait déjà l'énumération dans le même ordre (*Donations entre vifs*, n° 80).

A. — Prohibition des donations de biens à venir.

***2599. Formule de la loi.** — L'art. 943 dit que la « donation entre vifs ne pourra comprendre que *les biens présents* du donateur ; si elle comprend *des biens à venir*, elle sera nulle à cet égard ». — Pothier nous en donne la raison qui est évidemment celle du Code : « Cette donation pèche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore, et par le défaut d'irrévocabilité, car étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation » (*loc. cit.*).

***2600. Ce que sont les biens présents.** — On entend par « biens présents », non seulement ceux dont le donateur est déjà propriétaire au jour de la donation, mais aussi ceux sur lesquels il n'a encore qu'un droit suspendu par une condition. En effet un droit conditionnel est déjà par lui-même un bien présent et peut faire l'objet d'une transmission par donation, comme à tout autre titre. Au contraire n'est pas un bien présent, un bien que le donateur se propose d'acquérir et sur lequel il n'a encore aucun droit ; ou un bien qui appartient à un de ses parents, dont il compte recueillir la succession. Mais de telles donations ne se font guère, et si c'était là tout ce que la loi avait voulu interdire en prohibant les donations de biens à venir, sa disposition serait bien inutile.

****2601. Ce que c'est qu'une donation de biens à venir.** — Ce que la loi a voulu prohiber, c'est *la donation des biens que le donateur laissera à son décès*, c'est là surtout ce qui est défendu ; or parmi ces biens il en est beaucoup que le donateur possède déjà ; peut-être n'en acquerra-

t-il plus aucun entre la donation et sa mort. Néanmoins une pareille donation est interdite parce qu'elle ne procure au donataire qu'un droit analogue à celui des héritiers, le droit de recueillir ce que le défunt possédait au jour de son décès, ce qui laisse à celui-ci *la faculté de retirer au donataire le bénéfice de la libéralité en disposant de son vivant des biens donnés*. Voilà pourquoi la donation des biens à venir est prohibée, et non pas, comme le disait Pothier, parce qu'il dépendrait du donateur « de ne pas acquérir ».

Prohibées en principe, comme contraires à la règle « donner et retenir ne vaut », les donations de biens à venir sont exceptionnellement permises dans le contrat de mariage et entre époux (ci-dessous, nos 3157 et suiv., et nos 3208 et suiv.).

****2602. Sanction de la loi.** — La donation qui ne porte que sur les biens à venir est *entièrement nulle* ; la donation qui porte à la fois sur les biens présents et sur les biens à venir est *nulle pour les seconds*, mais *valable pour les premiers* (art. 943). L'ordonnance de 1731, art. 15, l'annulait pour le tout, même quand le donataire avait été mis en possession des biens présents.

2603. Donations de sommes payables au décès du donateur. — Beaucoup de donations ont pour objet une somme payable après le décès du donateur. On emploie pour ce faire deux formules qui ne sont pas équivalentes :

1° La somme est déclarée « payable sur les biens de la succession » ou « sur les plus clairs deniers que le donateur laissera ». Une pareille clause ne confère au donataire qu'un *simple droit éventuel* sur une succession future ; il est appelé à y prendre part jusqu'à concurrence du chiffre indiqué, mais il n'a aucun droit ferme ni contre le donateur, ni contre ses héritiers.

2° La somme est déclarée « payable après le décès du donateur ». Alors la donation a pour effet de créer d'une manière ferme un *droit de créance ordinaire*, dont l'exigibilité seule est retardée jusqu'au décès du débiteur. Le donataire acquiert contre le donateur tous les droits d'un créancier ; il peut se faire donner une hypothèque ; il peut prendre des mesures conservatoires ; il a droit aux effets de la déchéance du terme. Contre ses héritiers, il possède également une action qui lui permet d'obtenir son paiement, même au delà des forces de la succession, à moins que celle-ci n'ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la validité de ces deux sortes de clauses. Les uns annulent la première et valident la seconde (Demolombe, t. III, nos 404 et 405) D'autres les annulent toutes les deux (Laurent, t. XII, no 419). Pour d'autres enfin c'est une question d'intention (Aubry et Rau, t VII, § 675, p. 150-151). C'est dans ce dernier sens que la jurisprudence s'est prononcée : la donation sera valable, s'il est reconnu que le donateur a voulu constituer contre lui une créance actuelle et irrévocable, dont l'exigibilité seule était différée (Cass., 18 nov. 1861. D. 61. 1. 465, S. 62. 1. 33; Cass., 28 févr. 1865, D. 65. 1. 221, S. 65. 1 124; Cass., 5 mars 1879, S. 80. 2. 68; Lyon, 22 févr. 1893, D. 94. 2. 400)[1].

La donation a alors pour objet *une créance*, et le donataire devient un créancier comme les autres : il concourra avec les créanciers chirographaires, si le donataire meurt insolvable, et exercera contre eux son droit de préférence, si la donation a été accompagnée d'une constitution d'hypothèque.

[1] Ce dernier arrêt valide une donation de 1 500 francs « à prendre sur le plus clair de la succession ».

Au cas où plusieurs donations de ce genre ont été faites successivement, la règle de l'irrévocabilité amène un résultat remarquable : en faisant la seconde, le donateur n'a pas pu porter atteinte aux droits du premier donataire ; de même, la troisième n'a pas diminué l'effet de la seconde, et ainsi de suite. Il en résulte que si le donateur ne laisse pas des biens suffisants pour exécuter toutes ces donations, le premier donataire sera préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite. En d'autres termes on se trouve en présence de créances d'un genre spécial, qui ont par leur seule nature un rang de préférence entre elles (Caen, 5 mars 1879, S. 80 2. 68 ; Lyon, 22 févr. 1893 précité). Cette solution permet seule de respecter le principe de l'irrévocabilité ; si on ne l'admet pas, le donateur pourra révoquer presque complètement l'effet d'une première libéralité en en faisant d'autres Elle s'autorise en outre de l'art. 1083, d'après laquelle la donation de biens à venir véritable, permise dans les contrats de mariage, n'est pas diminuée par l'effet de donations ultérieures. Enfin la préférence reconnue au donataire le plus ancien en date a lieu, alors même que le donataire postérieur aurait reçu une hypothèque (Cass., 7 mars 1860, D. 60. 1. 153, S. 60. 1. 203)[1].

B. — Donations sous condition potestative.

****2604. Différentes sortes de conditions potestatives.** — On distingue plusieurs degrés de conditions de ce genre :

1° *Conditions purement potestatives.* — Ce sont celles qui dépendent d'une simple manifestation de volonté du donateur (condition *si voluero*).

2° *Conditions potestatives ordinaires.* — Ce sont celles qui supposent l'exécution d'un fait à accomplir par le donateur et qui dépend de lui seul ; par exemple, s'il fait tel voyage, s'il embrasse telle carrière.

3° *Conditions mixtes.* — Ces dernières sont celles qui dépendent à la fois de la volonté du donateur et de celle d'un tiers ; par exemple, s'il se marie avec telle personne.

****2605. Conditions prohibées dans les donations.** — Il n'y a pas de doute que les conditions de la première classe ou conditions purement potestatives soient prohibées dans les donations : insérées dans un contrat quelconque, elles l'annulent, parce qu'elles empêchent le lien de droit de se former en réservant à l'une des parties toute sa liberté (art. 1174).

Quand il parle des « conditions dont *l'exécution* dépend de la seule vo-

[1] La solution reçue en jurisprudence risque de créer une situation inextricable, lorsqu'il faudra intercaler entre les deux donations une créance à titre onéreux : le premier donataire exclut le second, et cependant chacun d'eux aura le droit de concourir avec le créancier intermédiaire. Peut-être eût il mieux valu reconnaître que ces donations de créances ont pour objet des choses d'un genre spécial, dont l'essence est de courir le risque de la loi du concours avec d'autres créanciers de même ordre. La donation dont le bénéfice serait réduit par la présence de donataires postérieurs ne serait pas pour cela *révoquée*, car la chose donnée existerait toujours en droit, *en tant que créance et pour le même chiffre* ; seul, le gage du créancier se trouverait diminué en fait. Le cas de fraude ferait toujours exception, et la donation pourrait être annulée comme frauduleuse, en vertu de l'art. 1167, s'il était établi qu'elle a été faite, non pas dans une intention libérale envers le second donataire, mais dans le but de priver le premier du bénéfice de la libéralité qui lui avait été faite (en ce sens Lyon, 22 févr. 1893, D. 94. 2. 490). — D'ailleurs l'opinion contraire avait jadis prévalu dans la doctrine (articles anciens de MM. Hérisson et Bonnet, dans la *Revue critique*, 1860 et 1862 ; de M. Bauby, dans la *Revue pratique*, de 1862 : note de M. Labbé, dans le *Journal du Palais*, 1860, 353). Il semble en effet qu'un concours devrait s'établir entre les différents donataires de sommes d'argent, et qu'ils devraient être payés au marc le franc.

lonté du donateur », il est visible que l'art. 944 désigne les *conditions potestatives ordinaires,* qui supposent un fait à accomplir, et dont l'insertion est permise dans les contrats ordinaires (art. 1170). Leur interdiction constitue donc une dérogation au droit commun ; c'est l'effet de l'irrévocabilité spéciale aux donations, c'est la conséquence de la règle « Donner et retenir ne vaut ».

C'est ainsi qu'on interprétait l'art. 16 de l'ordonnance de 1731, qui a été exactement reproduit par le Code (Pothier, *Donations*, n° 88), et d'ailleurs l'art. 1086, relatif aux donations faites par contrat de mariage, permet exceptionnellement d'y insérer des conditions potestatives ordinaires, ce qui prouve bien qu'elles sont défendues dans les autres donations.

Enfin en limitant sa prohibition aux conditions dont l'exécution dépend *de la seule volonté du testateur*, il est non moins certain que la loi a entendu permettre les donations faites sous une condition telle que leur exécution dépende de la volonté d'un tiers aussi bien que de la volonté du donateur, ou conditions mixtes.

*2606. **Jurisprudence.** — Les tribunaux interprètent l'art. 944 dans un esprit favorable à la validité des donations. Ainsi il a été jugé qu'une donation pouvait être subordonnée à l'accomplissement d'un mariage projeté par le donateur (Douai, 25 mai 1881, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 119. note 1, S. 83. 2. 115). Cependant si l'exécution de la condition supposait le concours d'une volonté autre que celle du donateur, il est clair que son futur époux ne pouvait pas la réaliser à lui seul et qu'il dépendait au contraire du donateur, *par sa seule volonté*, de rompre le mariage et de rendre la donation caduque.

Il a même été jugé qu'un donateur avait pu convenir avec le donataire que les biens donnés lui seraient restitués à la première réclamation dans certaine circonstance prévue, parce qu'il résultait de l'ensemble des dispositions de l'acte et des circonstances de la cause que le donataire n'avait pas entendu prendre à cet égard un engagement civilement obligatoire (Caen, 14 nov. 1883, D. 84. 1. 73, S. 85. 1. 111).

Les cas de nullité, à raison du caractère potestatif d'une condition apposée à une libéralité, sont fort rares en jurisprudence. Voyez Trib. Arras, 15 févr. 1888, D. 88. 2. 85. Il s'agissait d'une donation a exécuter au décès du donateur, au profit d'une domestique, si la donataire était encore à son service à ce moment ; il a été jugé que la donation était nulle, comme contraire à l'art. 944, parce qu'il dépendait de la seule volonté du donateur de faire tomber la donation en renvoyant la domestique avant sa mort. Une pareille conséquence juge la valeur morale de la règle du droit français : quelles libéralités méritent mieux d'être encouragées, que celles qui sont destinées à récompenser la fidélité d'un vieux serviteur, soignant jusqu'à sa mort une personne infirme ou malade ?

C. — Donations avec obligation de payer les dettes du donateur.

2607. Division. — Le donataire entre vifs qui, ainsi qu'on l'a vu (ci-dessus, n° 2588), n'est pas obligé de payer les dettes du donateur, peut s'y soumettre par une clause spéciale. L'art. 945, qui prévoit cet engagement, s'applique à deux hypothèses différentes qu'il ne distingue pas nettement, selon que le donataire s'est engagé à payer les *dettes présentes seulement* ou *même les dettes futures* du donateur.

2608. Dettes présentes. — L'engagement de payer les dettes actuelles du donateur est certainement valable, et il n'est même pas nécessaire pour la validité de la donation, comme semble le dire le texte, d'en dresser un état spécial (Toulouse, 29 janv. 1872, D. 73. 2. 111, S. 73. 2.

200 ; Grenoble, 12 mai 1882, S. 85. 2. 246). On n'a pas à craindre que le donateur ne se réserve par là un moyen indirect de révocation, puisque le donataire *ne prend d'engagement que pour le passé*. Si les dettes à payer ne sont pas indiquées spécialement, le donataire est obligé de les acquitter toutes. Cependant les créanciers du donataire n'auraient d'action contre lui qu'à la condition d'avoir *un titre à date certaine* (art. 1328) ; sinon, le donataire serait en droit de refuser de les payer. Si un état des dettes à payer a été annexé à la donation, ce fait indique une convention spéciale qui donne action aux créanciers contre le donataire, même sans que leur titre ait date certaine, mais qui en même temps limite son obligation aux charges exprimées dans l'état.

2609. Dettes futures. — Si le donataire s'est engagé à payer même les dettes ou charges que le donateur contractera dans l'avenir, deux hypothèses doivent être prévues :

I. Les dettes futures sont indéterminées. — En ce cas la donation est *nulle pour le tout,* car le donateur a *donné et retenu* : « ayant la liberté de contracter des dettes tant qu'il lui plaira, il conserve la liberté... de détruire entièrement l'effet de sa donation » (Pothier, n° 80). Comp. Lyon, 8 févr. 1867, D. 67. 2. 154, S. 67. 2. 143.

II. Les dettes futures sont constatées par état. — On admet que la donation est nulle, dans la mesure seulement où le donateur s'était réservé la possibilité de faire payer ses dettes futures par le donataire : jusqu'à concurrence de ces dettes, la donation pèche par défaut d'irrévocabilité, et par suite le donataire n'a pas le droit de conserver la valeur de la dette à laquelle il s'était d'avance obligé, alors même que le donateur se serait abstenu de la contracter. Dans cette mesure la donation ne produit pas d'effet. Telle était déjà la solution de Pothier (n° 80 précité), et les auteurs modernes l'ont conservée (Dalloz, *Suppl.*, v° Dispositions entre vifs, n° 352). Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. Voyez cependant, pour un cas analogue, Paris, 8 mars 1877, D. 78. 2. 75.

D. — Donations avec réserve du droit de disposer.

** **2610. Hypothèse prévue.** — On suppose qu'un donateur s'est réservé la faculté de disposer en tout ou en partie des choses données. Cette clause, qui paraît inconnue dans la pratique moderne, était sans doute usitée au XVIe siècle, car en 1580 on jugea bon d'en parler dans un article supplémentaire de la coutume de Paris : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par lui donnée » (art. 274).

* **2611. Sanction.** — Si le donateur s'est réservé ce droit d'une façon illimitée, la donation est *nulle pour le tout*. Si la réserve porte seulement

sur une certaine somme ou certains objets, la donation n'est nulle que jusqu'à concurrence de la somme convenue ou pour les objets désignés ; elle est valable pour le surplus (art. 946).

Mais la nullité est toujours encourue, *même si le donateur meurt sans avoir usé du droit qu'il s'était réservé.* Les biens ainsi enlevés au donataire font retour aux héritiers ab intestat du donateur, nonobstant toutes stipulations contraires (même art.). Les donations annulées pour cette cause sont rares en pratique ; voyez Cass., 30 juin 1857, D. 57. 1. 308, S. 59. 1. 836.

§ 2. — *Conventions compatibles avec l'irrévocabilité des donations.*

A. — Réserve d'usufruit.

***2612. État primitif du droit.** — Très anciennement on exigeait du donateur le plein dessaisissement et on ne lui permettait pas de conserver la jouissance de sa chose : « Non valet donatio nisi subsequatur traditio... Vult potius quod res data apud eum remaneat quam transeat ad donatarium, et unum agit et alterum agere simulat » (Bracton, liv. II, chap. 18, n° 1, édit. Travers Twiss, t. I, p. 310-312). Mais on finit par se départir de cette rigueur, et la seconde rédaction de la coutume de Paris, en 1580, s'en expliqua formellement : « Ce n'est donner et retenir, quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soy l'usufruit, à vie ou à tems... et vaut telle donation » (art. 275).

****2613. Texte actuel.** — L'art. 949 reproduit la disposition de la coutume de Paris, ce qui était peut-être peu utile à dire, car personne aujourd'hui n'aurait contesté la validité d'une pareille donation. De même qu'on peut donner *un simple usufruit,* de même on peut donner *une nue propriété.*

Toutefois il semble que le donateur ne puisse pas se réserver sur les biens qu'il donne un droit plus fort que l'usufruit, car s'il conservait le pouvoir de faire des actes de disposition, il tomberait sous le coup de l'art. 946. La loi ne l'autorise à garder que « *la jouissance de l'usufruit* ». Cependant la Cour de cassation valide la clause par laquelle le donateur se réserve le droit de faire dans l'immeuble donné « tels changements, démolitions et modifications qu'il lui plaira » (Cass., 19 févr. 1878, S. 78. 1. 213 ; Cass., 1er avril 1895, D. 95. 1. 335). Cette convention est évidemment contraire à l'art. 946 ; et une pareille décision montre à quel point la jurisprudence moderne attache peu d'importance à la règle « Donner et retenir ne vaut ». Comp. ci-dessus, n° 2597.

2614. Usufruit du donateur. — Quand le donateur s'est ainsi réservé la jouissance des choses qu'il donne, son usufruit est régi en principe par les règles du droit commun. Toutefois il est *dispensé de fournir caution* (art. 601 et t. I, n° 2772).

Faut-il dresser un *inventaire* si la donation a pour objet des effets mobiliers ? Non ; *l'état estimatif* qui accompagne la donation, par application de l'art. 948, vaut inventaire et le remplace. Cet état servira de titre au donataire pour réclamer à la mort du donateur les choses qui lui avaient été données.

Sur la restitution à faire par le donateur à la fin de l'usufruit, voyez l'art. 950, qui n'est qu'un rappel des principes généraux (art. 589) et qui doit être complété et corrigé

par eux. Ainsi le donataire est obligé de recevoir, dans l'état où ils sont, les meubles qui se détériorent par l'usage, et il n'a de recours à exercer de ce chef contre le donateur que s'il y a eu faute ou dol de sa part, ce dont l'art 950 ne parle pas. Quant aux meubles qui n'existent plus en nature, l'art. 950 déclare le donateur responsable de leur valeur, sans faire de distinction : cependant il faut bien admettre que si ces meubles avaient péri par cas fortuit le donateur serait admis à en faire la preuve et à dégager par là sa responsabilité : la loi n'a pu avoir l'intention de le rendre responsable des pertes fortuites.

B. — Retour conventionnel.

1° Généralités.

****2615. Définition et terminologie.** — Le droit français interdit dans les donations l'emploi des conditions potestatives, mais d'elles seules. Il a toujours été permis d'y insérer toutes les *conditions casuelles* possibles, et celles-ci peuvent être, selon le gré des parties, *suspensives* ou *résolutoires*. Parmi elles, l'une des plus importantes et des plus pratiques est celle qui résout la donation *quand le donataire meurt avant le donateur*, et dont le Code s'est occupé dans les art. 951 et 952. Cette condition résolutoire casuelle porte le nom de « clause de retour » parce que les biens donnés reviennent au donateur qui est encore vivant, par hypothèse, au moment où la donation se trouve résolue : il les reprend alors et exerce sur eux son *droit de retour*.

Ce droit de retour, qui a son origine dans un pacte spécial entre donateur et donataire, prend le nom de *retour conventionnel*, par opposition à un autre droit analogue que la loi accorde d'office à l'ascendant donateur, et qu'on appelle pour cette raison *retour légal*[1].

2616. Utilité. — Cette clause est très ancienne ; elle était déjà usitée dans l'antiquité et elle a été tolérée par notre ancien droit, qui ne la considérait pas comme contraire à la maxime « Donner et retenir ne vaut ».

La clause de retour est assez fréquemment employée : elle répond en effet à la pensée de bien des gens qui veulent faire à quelqu'un une libéralité personnelle et qui tiennent à ce que les biens donnés par eux ne passent pas en des mains étrangères après la mort de la personne qu'ils gratifient. On a coutume d'exprimer la nature de leurs sentiments sur ce point en disant qu'ils préfèrent le donataire à eux-mêmes, mais qu'ils se préfèrent eux-mêmes aux héritiers du donataire.

2617. Interprétation. — La convention qui établit le droit de retour déroge aux règles ordinaires et elle est par suite *d'interprétation stricte*. Elle doit naturellement être *stipulée d'une manière spéciale*, sans qu'il faille pour cela employer absolument l'expression « droit de retour » ; une manifestation de volonté bien claire suffit ; aucun terme sacramentel n'est nécessaire (Orléans, 10 févr. 1892, D. 93. 2. 83). Mais il y a eu des doutes sur différentes clauses voisines dans lesquelles on a quelquefois cru voir l'équivalent d'un droit de retour, principalement sur la *défense d'aliéner pendant la vie du donateur*, qui peut avoir d'autres motifs, mais qui sert souvent à assurer le retour des biens donnés. Voyez Dalloz, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs, n° 1750. Comp. en sens divers, Nancy, 24 déc. 1869, D. 72. 2. 57 ; Paris, 15 avril 1858, D. 59. 2. 10 ; Orléans, 10 févr. 1892, D. 93. 2. 82. C'est d'ailleurs une question de fait dont l'apprécia-

[1] Il a été traité du retour légal de l'ascendant donateur à propos des *successions anomales*, dont il constitue le cas le plus important (ci-dessus, n° 1889 et suiv.).

tion est abandonnée aux tribunaux et aux cours d'appel (Cass., 2 mars 1887, D. 87. 1. 204, S. 90. 1. 506).

2° Au profit de quelles personnes le retour peut être stipulé.

****2618. Limitation établie par la loi.** — « Ce droit ne pourra être stipulé qu'*au profit du donateur seul,* » dit l'art. 951, al. 2. Ainsi il n'est pas possible d'en faire profiter une autre personne que le donateur, pas même ses propres héritiers[1]. C'est là une sévérité nouvelle, introduite par le Code et que n'avaient admise ni l'ancien droit[2] ni le droit intermédiaire (Bastia, 8 juill. 1863, sous Cass., D. 68. 1. 123).

***2619. Sanction.** — Des difficultés considérables se sont élevées, lorsqu'il s'est agi de déterminer la sanction applicable, au cas où le retour aurait été stipulé au profit d'un autre que du donateur. Suffit-il de considérer comme nulle cette stipulation interdite par l'art. 951, en laissant subsister l'acte pour le surplus? Ou bien faut-il considérer cette désignation d'un tiers, appelé à recueillir le bien à la mort du donataire, comme constituant une substitution prohibée, et annuler l'acte tout entier en vertu de l'art. 896? La solution donnée à cette question varie selon les cas.

Premier cas. — Le donateur a stipulé le retour *en même temps pour lui et pour une autre personne*. En général on ne voit dans cette combinaison qu'une extension abusive du droit de retour; et non seulement la libéralité subsiste, mais le droit de retour est valablement stipulé au profit du donateur lui-même : on se borne à annuler la clause en tant qu'elle pourrait profiter à une tierce personne (Cass., 3 juin 1823, S. 23. 1. 309, S. chr. 7. 1. 257; Cass., 8 juin 1836, S. 36. 1. 463; Montpellier, 25 avril 1844, D. 45. 2. 361, S. 45. 2. 7)[3].

Deuxième cas. — Le droit de retour a été stipulé *uniquement au profit d'un tiers*. En doctrine l'opinion encore dominante, et qui a été longtemps presque universelle, veut que cette clause constitue nécessairement une substitution prohibée, parce que le droit de *retour* ne peut avoir d'autre effet, après la mort du donataire, que de faire *revenir* les biens à celui qui en était primitivement propriétaire; s'ils sont dévolus à quelqu'un qui n'en a jamais eu la propriété, cette personne ne peut les tenir que de la volonté du disposant, c'est-à-dire d'une seconde libéralité s'ouvrant à son profit à

[1] De droit commun, les stipulations qu'une personne fait pour elle-même profitent également à ses héritiers (art. 1122). Ici il n'en est pas de même, grâce à la disposition exceptionnelle de l'art. 951. C'est vainement que le contraire a été soutenu (Monnier, *Revue critique*, 1880). Voyez cependant Bruxelles, 24 mars 1886, *Pasicrisie*, 86. 2. 34.

[2] Lebrun, *Successions*, liv. I, chap. v, § 2, n° 35. — Voyez cependant Cass., 22 janv. 1839, S. 39. 1. 193.

[3] Un arrêt de Rouen, du 29 mai 1845 (D. 46. 2. 148, S. 46. 2. 379), que l'on cite souvent dans le même sens, est relatif à une autre hypothèse ; il s'agissait d'un droit de retour institué *par un testament* et à la charge d'un *légataire*.

la mort du premier donataire; il y a donc deux libéralités successives comme dans une substitution véritable. Par deux arrêts déjà anciens, la Cour de cassation a décidé qu'il y avait substitution prohibée et nullité totale (Cass., 21 juin 1841, S. 41. 1. 603; Cass., 18 avril 1842, S. 42. 1. 526).

Pour moi, j'estime que la condition résolutoire, qui constitue le droit de retour conventionnel, n'équivaut jamais à une substitution prohibée, mais c'est un point qui ne peut être éclairci que par une comparaison à établir entre les véritables *substitutions* et les combinaisons diverses de *legs conditionnels*. Voyez ci-dessous, n° 3295. La jurisprudence paraît avoir été entraînée dans cette voie par deux décisions antérieures, qui étaient relatives à des dispositions faites sous l'empire de l'ancien droit, l'une dans le ressort du Parlement de Toulouse, l'autre dans celui de Bordeaux (Cass., 30 mars 1829, S. chr., Cass., 22 janv. 1839, S. 39. 1. 193).

Il n'y a pas lieu de distinguer selon que la personne, appelée à recueillir le bien après la mort du donataire, est étrangère à la famille, ou un héritier du donateur: du moment où le donateur n'avait rien stipulé pour lui-même, le bien donné était définitivement sorti de son patrimoine, et ses héritiers n'ont pas pu le recueillir, *en leur qualité d'héritiers,* après la mort du premier donataire; ils en sont eux-mêmes gratifiés par une libéralité en sous-ordre, et, de fait, les arrêts ci-dessus rapportés n'ont jamais distingué entre les héritiers et les tiers.

Observation. — On peut remarquer que toutes les décisions ci-dessus indiquées sont anciennes. Il semble qu'elles aient détourné la pratique d'employer le droit de retour pour suppléer aux substitutions interdites par la loi, et qu'on préfère actuellement le système des legs conditionnels analysés ci-dessous, n° 3295.

3° Cas d'ouverture du retour.

***2620. Variété possible des clauses.** — Le droit de retour peut être stipulé en vue de plusieurs hypothèses.

I. Prédécès du donataire. — La donation est alors résolue par cela seul que le donataire meurt le premier, qu'il laisse ou non des enfants.

Le plus souvent, le donateur explique clairement sa volonté à cet égard; mais si l'acte porte simplement que la donation sera résolue « au cas de prédécès du donataire », on l'interprète en ce sens que le droit de retour s'ouvre par le seul fait que le donataire prédécède, lors même qu'il laisserait des enfants (Cass., 10 nov. 1875, D. 76. 1. 480, S. 76. 1. 16).

II. Prédécès du donataire sans postérité. — En pareil cas, quand le donataire meurt le premier, mais en laissant des enfants, le droit de retour est définitivement perdu pour le donateur, car *la condition est défaillie* : le donataire n'est pas mort « sans postérité ». Le donateur ne reprendra donc jamais les biens donnés, alors même que les descendants du donataire mourraient à leur tour avant lui. — Cette clause est donc peu pratique; elle répond mal aux intentions des parties et la loi ne la prévoit même pas.

III. Prédécès du donataire et de ses descendants. — Le donateur peut vouloir faire profiter de sa libéralité les enfants du donataire aussi bien que lui-même; il stipule alors que les biens lui reviendront seulement si la postérité du donataire vient à s'éteindre de son vivant. Par suite, quand le donataire meurt avant le donateur, en laissant des en-

fants, le droit de retour ne s'ouvre pas encore ; on doit attendre pour savoir qui mourra d'abord, eux ou le donateur.

Il peut y avoir quelque difficulté pour savoir quels enfants feront obstacle par leur présence à l'ouverture du droit de retour. Les *enfants légitimes*, sans aucun doute, puis les *enfants légitimés*, qui leur sont assimilés, et sans distinguer si leur légitimation est antérieure ou postérieure à la donation. Quant aux *enfants naturels*, ce sera une question de fait à apprécier par les juges d'après l'intention des parties qui ont pu les comprendre ou non dans leurs prévisions.

4° Effets du retour.

****2621. Notion générale.** — L'effet du retour est de résoudre la donation : c'est une *condition résolutoire* qui se réalise, avec son effet ordinaire qui est la *rétroactivité*.

Là se trouve la différence caractéristique qui sépare le retour conventionnel du retour légal, car ce dernier consiste seulement dans *un droit de succession*, qui s'ouvre sans détruire rétroactivement le droit du donataire. Aussi l'appelle-t-on souvent « retour successoral », pour en rappeler la nature et l'effet.

2622. Conséquences de la résolution. — L'anéantissement des droits du donataire se produit *immédiatement*, par la seule réalisation de la condition de son prédécès. La propriété fait retour au donateur, qui peut exercer non seulement une action personnelle, mais même l'*action en revendication*. Il en résulte qu'un enfant marié et doté par ses parents ne laisse pas de succession, si le retour a été stipulé : ce qu'il a reçu revient à ses parents *ex jure antiquo*, c'est-à-dire en vertu de leur titre primitif de propriété (Poitiers, 22 févr. 1904, D. 1905. 2. 97).

Cet effet résolutoire, étant rétroactif, se produit *même contre les tiers* : les sous-acquéreurs auxquels le donataire a pu transmettre la propriété des biens donnés ; les tiers auxquels il a pu concéder des droits réels, tels que des hypothèques, sont donc atteints par l'effet de la résolution. C'est le résultat ordinaire, qui se produit dans toute propriété résoluble (t. I, n°s 2351 et suiv.). Les biens donnés reviennent ainsi au donateur *francs et quittes de toutes charges et hypothèques*, comme le dit l'art. 952.

2623. Exception. — Toutefois ce même art. 952 fait exception pour l'*hypothèque légale de la femme du donataire*, qu'il maintient sous certaines conditions et réserves. Ceci suppose que la donation avait pour objet un immeuble ; par l'effet de la donation, la propriété en avait été transmise au donataire et la femme de celui-ci avait acquis sur lui une hypothèque légale en vertu de l'art. 2121. Cette hypothèque survit à la résolution de la donation, mais seulement quand les conditions suivantes sont réunies :

1° *Quand l'immeuble a été donné au mari par contrat de mariage* ;

2° *Quand les autres biens du mari ne sont pas suffisants pour désintéresser la femme* (art. 952). C'est donc simplement une *hypothèque subsidiaire* que la loi lui accorde ainsi. Comp. ci-dessous, n° 3324-3°.

En outre, l'hypothèque légale n'est maintenue que pour garantir à la femme *le paiement de sa dot et l'exécution des conventions matrimoniales* contenues dans le même

contrat que la donation (même art.). Elle ne peut pas lui servir pour des créances nées à son profit pendant le mariage.

Cette survie conditionnelle de l'hypothèque légale est fondée sur une *présomption de volonté*; on suppose que le bien donné au mari a été tacitement affecté à la garantie des créances de la femme. Les parties pourraient donc écarter cette disposition de la loi par une convention contraire; elle n'a rien d'obligatoire. — S'il peut en détruire l'effet, en résolvant l'hypothèque de la femme comme les droits des autres tiers acquéreurs, le donateur pourrait aussi l'augmenter, en laissant à la femme son hypothèque d'une manière plus pleine et plus complète que ne le fait la loi.

2624. Gain des fruits et maintien des actes d'administration. — Si absolue que soit la résolution du titre de donataire, elle laisse cependant debout un certain nombre d'actes accomplis par lui.

D'abord il garde les fruits et revenus qu'il a perçus pendant sa vie. Point n'est besoin de fonder cette solution sur les art. 549 et 550, qui supposent un possesseur dont le titre est vicié. Ici l'acquisition des fruits résulte de la nature même de la convention et elle est conforme à l'*intention évidente des parties*, qui auraient fait un acte absurde si elles avaient entendu astreindre les héritiers du donataire à restituer les fruits accumulés de toutes les années écoulées entre la donation et sa résolution.

De même les *actes d'administration* faits par le donataire, et notamment les *baux*, sont maintenus. On doit les considérer comme faits en vertu d'un *mandat tacite* émané du donateur. Comp. t. I, nos 988-989.

2625. Prescription au profit des héritiers du donataire. — Quand le droit de retour s'ouvre au profit du donateur, celui-ci possède, outre l'action en revendication qui lui revient de plein droit par l'effet de la résolution de la propriété, une *action personnelle en restitution* contre les héritiers du donataire. Cette action personnelle dure trente ans (art. 2262). Il est en effet impossible de lui appliquer la prescription décennale établie par l'art. 1304 pour les actions en nullité ou en rescision, car c'est une action contractuelle, contenue implicitement dans la convention et qui est la sanction directe de la clause de retour, cette clause étant l'équivalent d'une promesse de restitution.

2626. Situation des tiers détenteurs. — Les tiers acquéreurs du bien sujet à résolution subissent l'effet du retour. Tel est le principe, mais il souffre plus d'un tempérament.

D'abord s'il s'agit de *meubles corporels*, leur possession, quand elle sera de bonne foi, protégera les tiers contre la revendication du donateur (art. 2279).

S'il s'agit d'*immeubles*, ils peuvent être atteints par la revendication. Ils ont dû connaître la clause de retour par la transcription du titre de leur auteur, de sorte qu'ils seront rarement de bonne foi, et ne pourront se prévaloir que de la *prescription de trente ans*. Cette prescription commence-t-elle à courir à leur profit dès le jour de leur entrée en possession? Beaucoup d'auteurs le disent. Mais ils oublient que le droit du donateur contre eux est *conditionnel*, car il dépend du prédécès du donataire, et que la jurisprudence applique même aux droits réels l'art. 2257 qui suspend la prescription au profit des personnes dont le droit « dépend d'une condition » (voyez t. I, nos 1408-1412). En tout cas, ceux qui admettent le cours immédiat de la prescription autorisent le donateur à l'interrompre, car l'interruption n'est qu'un acte conservatoire de son droit. Voyez l'art. 1180.

2627. Comparaison avec le retour légal. — Le retour conventionnel diffère

sur deux points principaux du droit de retour établi dans certains cas par la loi et connu sous le nom de *succession anomale* (ci-dessus, nos 1889 et suiv.) :

1° Il vaut *condition résolutoire* et par conséquent il fait tomber les aliénations et charges réelles consenties par le donataire ou nées de son chef, tandis que le retour légal les laisse subsister et n'a lieu que pour ce qui reste en *nature* au donataire.

2° Il anéantit le titre d'acquisition du donataire, ce qui fait que le donateur reprend son bien *ex causa antiqua*, tandis que le retour légal, qui s'opère à titre de succession, fait de lui un *héritier* du donataire et l'oblige à ce titre au *paiement des dettes* : le donateur qui a pris soin de stipuler le retour n'en est pas tenu.

Section V. — De la révocation des donations.

2628. Observation. — Le bénéfice d'une donation peut être retiré au donataire pour certaines causes prévues et déterminées par la loi. Dans l'intitulé de la section II (art. 953 et suiv.), le Code présente ces causes de révocation comme des « exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs ». Historiquement, cette conception s'explique : deux de ces causes au moins ont pour origine une faculté de révocation accordée au donateur et elles se sont maintenues à travers les siècles, bien que l'irrévocabilité se soit développée et affermie. Néanmoins, en se plaçant au point de vue logique, il est difficile de considérer ces faits comme des exceptions à la règle de l'irrévocabilité, car ils ont bien plus le caractère de *résolutions* fondées sur des causes particulières que de révocation provenant d'un changement de volonté chez le donateur : leur présence dans la loi n'atténue donc en rien l'irrévocabilité, telle que l'entend le droit français ; elle n'y déroge pas, et il n'est pas permis au donateur de « révoquer » sa libéralité à volonté.

2629. Division. — Il y a pour les donations trois causes de révocation ou de résolution : 1° L'*inexécution des charges* ; 2° l'*ingratitude du donataire* ; 3° *la survenance d'enfant* (art. 953). Ces causes sont les seules possibles : l'art. 953 porte que la donation « ne pourra être révoquée que » pour l'une d'elles.

§ 1. — *De l'inexécution des charges.*

2630. Terminologie. — Les art. 953 et 954 appellent « conditions » ce que nous appelons *charges* : ce sont les prestations auxquelles le donataire s'était engagé en recevant la donation. Dans le langage usuel, ces charges reçoivent très souvent le nom de « conditions » que la loi leur donne[1]. Cette cause de révocation ne se conçoit donc que dans les donations *onéreuses*.

** **2631. Principe de la révocation.** — Si le donataire n'exécute pas les charges ou conditions auxquelles il s'est soumis, la donation pourra être résolue. La loi fait ici l'application aux donations d'un principe beaucoup plus général, écrit dans l'art. 1184 pour toutes les *conventions synallagmatiques*, et la donation onéreuse n'est pas autre chose, puisque le dona-

[1] Le mot « condition » a dans la langue ordinaire un sens beaucoup plus large que celui qu'on lui donne en droit. Il désigne toutes les clauses qui concourent à déterminer le détail d'un contrat. On dira, par exemple, qu'un vendeur « fait ses conditions », quand il exige que le prix lui soit payé dans un certain endroit ou sous une certaine forme, quand il se réserve quelques droits sur la chose vendue ou retarde l'entrée en jouissance de l'acheteur, etc. C'est ainsi que les charges d'une donation en sont des conditions.

taire a contracté un engagement personnel qui fait de lui un véritable débiteur de ces charges (ci-dessus, n° 2587). La révocation des donations pour inexécution des charges n'est donc qu'un cas particulier d'une théorie déjà étudiée (t. II, n°s 1307 à 1324)[1]. Elle serait beaucoup plus exactement nommée « résolution » que « révocation », et c'est ce que confirmera encore l'étude de ses effets.

Ce principe est applicable à toutes les donations, même modiques, par cela seul qu'elles sont grevées de charges[2].

2631 *bis*. Divisibilité de l'action. — Au cas où l'action en révocation se trouve transmise aux héritiers du donateur, la jurisprudence n'est pas fixée sur le point de savoir si tous doivent se mettre d'accord, à raison de l'indivisibilité de l'action, ou si l'un d'eux peut agir séparément pour sa part. La question a présenté temporairement un réel intérêt à propos de la séparation de l'Église et de l'État et de la reprise des biens donnés aux établissements ecclésiastiques supprimés. Voyez en sens divers, Agen, 6 juill. 1908, P. et S. 1908. 2. 241 ; Bourges, 20 avril 1909, P. et S. 1909. 2. 72 ; Trib. d'Yvetot, 28 juill. 1910, P. et S. 1911. 2. 257 ; même décisions et Chambéry, 5 mars 1911, dans D. 1912. 2. 233 ; Cass., 25 juill. 1911 et 16 déc. 1912, P. et S. 1914. 1. 289.

A mon sens, l'action est certainement divisible, parce que toute demande en annulation, en résolution ou en révocation d'une aliénation tend à une restitution de propriété : le demandeur n'aurait pas cessé d'être propriétaire, si cette aliénation n'avait pas eu lieu, et il le redeviendra, si elle est annulée. Or le droit de propriété est essentiellement divisible, même pour les choses qui sont impartageables en nature. La demande en annulation n'est donc fondée que pour la part de propriété qui doit revenir au réclamant. Au décès du donateur, son action se divise donc entre ses héritiers, et il serait illogique et injuste de forcer l'un d'eux de s'abstenir à raison de l'abstention des autres. Les art. 1670 et 1685, qui ont établi l'indivisibilité pour l'exercice de deux actions spéciales (réméré et lésion de plus des sept douzièmes), doivent être considérés comme des textes exceptionnels. Il faut donc reconnaître à chaque héritier individuellement une pleine liberté d'appréciation. Pour plus de détails, voyez ma note au *Dalloz*, 1912. 2. 233. Voyez aussi Cass., 21 juin 1897, D. 98. 1. 35, et la note de M. Tissier, P. et S. 1914. 1. 289. Comp. ci-dessous, n° 2634 *bis*.

** **2632. Option du donateur.** — Au cas où le donataire n'exécute pas les charges convenues, le donateur a le droit, à son choix, ou de le poursuivre pour le faire condamner à remplir ses engagements ou tout au moins à lui payer une indemnité ou de demander la résolution de la donation. Cette option lui est laissée conformément au droit commun ; c'est l'application de l'art. 1184, al. 2.

Elle a été cependant contestée. On a soutenu que le donataire qui accepte une donation avec charges ne s'oblige pas à proprement parler et qu'il peut se libérer en abandonnant

[1] Il semble toutefois qu'il y ait quelque différence, en fait, dans l'application de ce principe, entre les ventes et les donations. En matière de donations, les tribunaux se reconnaissent un très large pouvoir d'appréciation pour décider si les charges imposées par le donateur sont réellement des conditions *irritantes*, et si leur exécution est nécessaire pour le maintien de la donation, ou s'il ne convient pas de les réduire à l'état de simples créances contre le donataire (Cass., 16 juin 1855, D. 55. 1. 419, S. 56. 1. 246 ; Cass., 16 mars 1870, D. 71. 1. 241 ; Cass., 6 avril 1887, D. 88. 1. 301, S. 87. 1. 151).

[2] Il ne peut y avoir de doute que pour le cas où la charge consiste dans le service d'une rente viagère imposée au donataire, à cause de l'art. 1978 qui n'autorise pas la résolution d'une vente à rente viagère pour le seul défaut de paiement des arrérages de la vente. Mais il a été jugé que ce texte n'est pas applicable aux donations (Nancy, 22 févr. 1867, D. 67. 2. 101).

les biens reçus. Dans cette manière de voir le donateur n'a pas le droit d'exiger l'accomplissement des charges; il n'a plus d'option à exercer; il n'a plus qu'un seul droit, celui de faire résoudre la donation. Il est parfaitement vrai que ce système prévalait au siècle dernier pour cette raison que la donation étant une libéralité, un acte de bienfaisance, ne devait jamais devenir une charge pour le donataire. Les auteurs qui ont adopté la même idée depuis le Code font remarquer que l'art. 954 ne parle pas de l'action en exécution des charges et mentionne seulement l'action en résolution, tandis que l'art. 1184, pour les contrats synallagmatiques, institue cette double action en termes exprès. — Néanmoins cette opinion ne compte plus guère de partisans. Les idées ont changé depuis la publication du Code et l'on considère aujourd'hui que le donataire prend un engagement spécial, ne serait-ce que tacitement, et qu'il y a véritablement, dans la donation onéreuse, un lien de droit synallagmatique: dans la mesure où les charges existent, le donataire est *débiteur* du donateur, il est son obligé, à tel point que si, par hasard, le montant des charges acceptées par lui devenait supérieur au profit qu'il retire de la donation, il en resterait néanmoins tenu sur tous ses biens. Avec une pareille conception de la donation onéreuse, le silence de l'art. 954 sur le droit d'exiger l'accomplissement des charges ne prouve plus rien : la nature synallagmatique de l'acte suffit pour donner ouverture à l'application du droit commun.

* **2633. Droit du tiers bénéficiaire des charges.** — Lorsque la charge a été imposée au donataire au profit d'un tiers, ce tiers n'a d'autre droit que d'en réclamer l'exécution. L'action en résolution est réservée au donateur, qui est seul appelé à en recueillir le bénéfice. Comp. t. II, n° 1262.

** **2634. Forme de la résolution.** — La résolution de la donation ne se produit pas de plein droit: elle doit être *demandée par le donateur* et *prononcée par la justice*. Les règles sont les mêmes que pour la résolution des contrats synallagmatiques.

Une mise en demeure préalable semble nécessaire, puisque la résolution se fonde sur le défaut d'exécution des charges et que le donataire n'est pas en demeure de plein droit (Aubry et Rau, t. VII, § 707 *bis*, p. 411). Il a cependant été jugé que la résolution peut être prononcée sans mise en demeure préalable (Douai, 31 janv. 1853, D. 53. 2. 241, S. 53. 2. 312; Poitiers, 16 févr. 1885, D. 86. 2. 38, S. 87. 2. 67. — Comp. Liége, 22 févr. 1871, *Pasicrisie*, 71. 2. 224).

C'est une question de fait de savoir s'il y a réellement inexécution et les juges du fond l'apprécient souverainement, mais la résolution doit être prononcée, même quand cette inexécution n'est pas imputable au donataire, par exemple quand l'impossibilité d'exécuter résulte d'un changement de législation. Voyez ci-dessous, n° 3045, ce qui est arrivé aux communes à propos des écoles laïcisées[1]. Voyez cependant Limoges, 16 déc. 1896, D. 99. 2. 418.

[1] Le principe était déjà reconnu avant que la laïcisation des écoles congréganistes soit devenue obligatoire (Aix, 25 févr. 1880, D. 80. 2. 249 ; Douai, 16 janv. 1882, D. 83. 2. 2). Mais la Cour de cassation n'a pas admis que les communes fussent condamnées à des dommages-intérêts, même quand la laïcisation de l'école avait été sollicitée par elles (Cass., 19 mars 1884, D. 84. 1. 281 ; Cass., 6 févr. 1888, D. 88. 1. 79, S. 88. 1. 158 ; Cass., 18 juin 1888, D. 89. 1. 29. S. 89. 1. 145). Comp. Paris, 3 juill. 1890, S. 91. 2. 74 ; Dijon, 8 avril 1892, D. 93. 2. 404).

Les juges peuvent accorder un délai au donataire pour remplir ses obligations (Cass., 5 juill. 1905, D. 1905. 1. 456, S. 1906. 1. 39), et tant que la résolution n'est pas prononcée, celui-ci peut y échapper en les exécutant spontanément.

L'action doit être dirigée contre le donataire lui-même ou ses héritiers, et non contre les tiers acquéreurs (Dijon, 20 mai 1908, D. 1910. 2. 53 ; Cass., 24 mai 1913, S. 1914. 1. 317). Elle pourrait, au besoin, être exercée par les créanciers du donateur.

Tout ceci n'est que l'application du droit commun. Conformément encore au droit commun, les parties pourraient convenir que la résolution aurait lieu de plein droit. Sur les effets de cette convention, voyez t. II, nos 1823-1824. Comp. Cass., 27 juill. 1886, D. 87. 1. 107, S. 89. 1. 295 ; Cass., 18 juin 1890, D. 90. 1. 304, S. 93. 1. 425.

2634 *bis*. Cas d'exécution partielle des charges. — Lorsque les charges de la donation ont été en partie exécutées, et que cette exécution partielle présente une utilité sérieuse pour le donateur, les tribunaux se reconnaissent le droit de prononcer la révocation seulement pour partie (Grenoble, 28 juill. 1862, D. 62. 2. 204; Angers, 30 mai 1884, D. 88. 1. 435; Agen, 5 juill. 1894, sous Cass., 1er juill. 1896, D. 98. 1. 397)[1].

Il faut même reconnaître, par réciprocité, la faculté pour le disposant et pour ses héritiers de limiter volontairement leur action à une partie seulement de la chose donnée, quand le surplus a été employé conformément à leurs intentions. Voyez un cas où il s'agissait d'un terrain donné pour construire l'ensemble des bâtiments nécessaires à une paroisse et dont une partie seulement avait été utilisée (Rouen, 27 nov. 1912, D. 1914. 2. 177, P. et S. 1913. 2. 161).

Cette faculté de résolution partielle des donations n'est pas admise en matière de contrats onéreux (t. II, no 1321).

** **2635. Effet de la résolution.** — Ce que la loi appelle « révocation » est une véritable *condition résolutoire* qui anéantit rétroactivement la donation. Tous les droits réels que le donataire avait pu conférer à des tiers tombent avec le sien, par application de l'adage : « Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. » La loi ici ne fait aucune réserve en faveur de l'hypothèque légale de la femme, comme dans l'art. 952 (ci-dessus, no 2623). Le donateur peut donc reprendre les biens donnés même dans les mains des tiers, sauf l'application de l'art. 2279 en cas de donation de meubles corporels[2]. — Il y aurait lieu à un règlement de compte entre les parties à raison des impenses utiles faites par le donataire, ainsi que pour les détériorations.

[1] La loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Églises et de l'État, modifiée par la loi du 13 avril 1908, dispose, dans son art. 9, § 15, que les biens réclamés à l'État, aux départements, aux communes et aux établissements publics ne seront restituables que dans la proportion des charges non exécutées.

[2] La résolution pour inexécution des charges fait tomber même l'*adjudication sur saisie immobilière* prononcée du chef du donataire ; les art. 717 et 838, al. final, C. proc. civ. qui concernent l'action résolutoire du *vendeur* non payé, ne s'appliquent pas à l'action exercée par un *donateur* (Bordeaux, 26 juin 1852, D. 53. 2. 212 ; Bordeaux, 1er févr. 1888, D. 90. 2. 83).

Quant aux fruits, le donataire n'en doit la restitution que du jour de la demande ; il garde ceux qu'il avait antérieurement perçus (Paris, 3 juill. 1890, S. 91. 2. 74). La rétroactivité de la résolution n'est pas destinée à opérer une restitution des années de jouissance déjà passées, mais à assurer la liberté et la franchise du droit restitué au donateur.

Droits de mutation. — En cas de changement de propriétaire, l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, met les droits de mutation à la charge des « nouveaux possesseurs ». Toutefois, lorsque la perception du droit a été rendue nécessaire par la faute de l'une des parties, les tribunaux le mettent volontiers à sa charge, à titre de dommages-intérêts (Paris, 11 juill. 1867, D. 67. 2. 70). En cas de faute commune on partage la charge entre l'ancien et le nouveau propriétaire (Caen, 9 juill. 1849, D. 52. 2. 4). Ces principes sont applicables à la révocation des donations. Comp. Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91. 2. 113 ; Besançon, 15 juin 1892, D. 92. 2. 382.

*2636. **Prescription de l'action.** — L'action en restitution dure trente ans (art. 2262). La prescription décennale de l'art. 1304 est inapplicable aux actions en résolution. Mais la loi du 30 octobre 1886, art. 19, a réduit ce délai à deux années pour les donations faites aux communes à charge d'entretenir des écoles congréganistes (Comp. Riom, 7 nov. 1892, D. 93. 2. 409).

Pour l'effet de la prescription acquisitive au profit des tiers détenteurs d'immeubles, voyez ce qui est dit ci-dessus (n° 2626) de la donation résolue par l'effet du retour conventionnel.

2636 *bis*. Situation spéciale de l'Église catholique après la séparation. — La loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État avait fait naître des difficultés inattendues. Il s'agissait de savoir si les fondations pieuses, dont les charges ne pouvaient plus être exécutées, allaient être sujettes à restitution au profit des familles. Le législateur croyait y avoir pourvu en établissant, dans l'art. 7 de la loi précitée, des règles étroites pour leur reprise ; mais la jurisprudence admit que cet article avait créé une action spéciale, soumise à des règles qui lui étaient propres, tandis que les actions de droit commun, et notamment l'action en résolution pour inexécution des charges, subsistaient à côté d'elle avec leurs règles ordinaires (décisions nombreuses et diverses dans D. 1907. 2. 245, D. 1908. 2. 13, P. et S. 1908. 2. 41, P. et S. 1908. 1. 129 ; D. 1910. 2. 225, etc.). Mais les Chambres n'entendaient pas restituer aux familles les biens attribués à l'État après le refus du Pape d'organiser les associations cultuelles, et une loi spéciale du 13 avril 1908, art. 2 et 3, est venue arrêter dans son développement cette jurisprudence libérale, au moyen de dispositions plus rigoureuses et plus précises : la reprise n'a été autorisée qu'au profit de l'auteur de la libéralité ou de ses héritiers *en ligne directe* et renfermée dans un délai très court, six mois au lieu de trente ans. Voir sur ces difficultés *Revue critique*, 1907, p. 508 et les renvois. *Adde* Dorguin-Delaveaud, thèse, Paris, 1908. L'action ainsi créée en 1908 est une action nouvelle, instituée pour des raisons politiques et complètement étrangère à tous les principes du droit.

Pour empêcher d'aboutir les actions antérieurement intentées, on déclara expressément que cette loi du 13 avril 1908 était *interprétative* de la législation antérieure, caractère qui aurait été sans cela très sérieusement contestable. On lui assura ainsi une véritable rétroactivité (Bourges, 29 avril 1908, D. 1908. 2. 281) ; mais voyez sur une distinction nécessaire, Cass., 3 juill. 1911, P. et S. 1912. 1. 191 : la loi de 1908 n'a pu être rétroactive que pour les donations ou les legs faits aux établissements du culte, seuls visés dans la loi de 1905 ; pour les libéralités faites à l'État, aux départements, aux communes, etc., elle a statué par voie de dispositions nouvelles, dépourvues de rétroactivité.

§ 2. — *De la révocation pour ingratitude.*

****2637. Son caractère particulier.** — Cette cause de révocation présente un caractère à part : c'est une *peine*, et la conséquence essentielle de sa nature pénale est de paralyser l'effet rétroactif ordinaire des conditions résolutoires ; les biens donnés ne sont enlevés au donataire que pour l'avenir ; sa propriété n'est pas anéantie dans le passé, de peur que les effets de la révocation ne réfléchissent contre les tiers.

2638. Origine historique. — Son point de départ se trouve dans le droit romain, où on pratiqua d'abord cette cause de révocation pour les donations faites à des affranchis, à cause du devoir spécial de reconnaissance (*obsequiæ*) qui les liait à leur patron. La révocation pour ingratitude fut ensuite étendue à d'autres personnes et devint finalement sous Justinien applicable à une donation quelconque (*Code*, liv. VIII, tit. 56, lois 1 et 10).

L'ancien droit français accueillit ce système et multiplia les cas d'ingratitude que Justinien avait fixés à quatre seulement. On les confondit avec les causes d'exhérédation. — Sous l'empire du Code, le principe a été conservé, mais ses cas d'application sont réduits à trois (art. 955).

A. — Donations révocables pour ingratitude.

****2639. Généralité d'application.** — La révocation pour ingratitude s'étend aux variétés les plus diverses de donations : donations mutuelles, donations rémunératoires, donations onéreuses, donations déguisées. Ainsi on a pu l'appliquer à une libéralité qui avait été faite sous la forme d'un bail consenti intentionnellement pour un prix de beaucoup inférieur à la valeur réelle du loyer normal de l'immeuble affermé (Cass., 20 juill. 1893, D. 93. 1. 598, S. 93. 1. 424). Comp. pour une rente viagère stipulée reversible, mais ne présentant pas le caractère d'une libéralité, Cass., 26 janv. 1870, D. 70. 1. 160 ; Poitiers, 1er févr. 1881, D. 81. 2. 179.

***2640. Exception.** — Une seule espèce de donations y échappe et l'art. 959 y fait allusion en ces termes : « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour ingratitude ». Les motifs de cette exception et sa portée seront expliqués quand nous nous occuperons de ce genre spécial de donations (ci-dessous, n° 3149).

B. — Cas d'ingratitude.

***2641. Énumération.** — Trois sortes de faits sont indiqués dans l'art. 955 comme constituant des actes d'ingratitude suffisants pour faire révoquer la donation, savoir :

1° *Si le donataire a attenté à la vie du donateur* ;

2° *S'il s'est rendu coupable envers lui de délits, sévices ou injures graves* ;

3° *S'il lui refuse les aliments.*

Cette énumération est limitative, car l'art. 955 dit formellement que la donation ne peut être révoquée « que dans les cas » qu'il indique. Cependant

la liberté qu'ont les tribunaux de déterminer les faits injurieux, dont la nature varie sans limite, leur donne le moyen de prononcer la révocation pour des faits non spécialement prévus par la loi. Comparez ce qui arrive pour le divorce (T. I, n° 1158).

2642. Appréciation. — Les cas d'ingratitude du donataire ressemblent beaucoup aux causes qui rendent un héritier *indigne* de succéder et qui sont énumérés dans l'art. 727. Mais un simple rapprochement entre les deux articles montre que la loi est plus sévère pour le donataire que pour l'héritier. Diverses considérations justifient cette différence. L'héritier tient sa vocation de la loi; c'est un droit pour lui, dont on ne veut le dépouiller que pour des faits graves: le donataire n'aurait rien reçu sans une bienveillance toute spéciale du donateur, dont il doit se montrer reconnaissant. D'autre part, si le défunt était mécontent de son héritier présomptif, il pouvait le priver, au moins en partie, de sa succession; il pouvait le déshériter; le donateur, qui s'est irrévocablement dépouillé, ne peut plus rien contre le donataire.

1° Attentat à la vie.

2643. Nature et conditions. — L'attentat à la vie est un acte accompli avec *l'intention de tuer*. Par conséquent, si le donataire avait causé la mort du donateur par un acte d'imprudence, sans aucune intention homicide, la donation ne serait pas révocable. De même si le donataire n'avait pas sa raison au moment de l'attentat (Dijon, 17 juill. 1872, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 274, note 2). Quant aux coups et blessures ayant occasionné la mort sans intention de la donner, ils pourraient motiver la révocation de la donation par application de l'art. 955-2°.

Un simple défaut de soins et d'assistance ne constitue pas l'attentat prévu par l'art. 955 (Cass., 1er déc. 1885, D. 86. 1. 222, S. 86. 1. 100).

Il n'est pas nécessaire que le donateur ait été tué ou même blessé; il suffit qu'il y ait *une tentative* caractérisée contre sa vie. Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte du donataire ait donné lieu à une poursuite et à une condamnation pénale.

Enfin l'état de *légitime défense* excuserait le donataire aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue criminel.

2° Délits, sévices et injures graves.

2644. Définition. — Ici la formule de la loi manque absolument de précision. Les *sévices* sont des actes de cruauté corporelle, des mauvais traitements physiques infligés au donateur. L'*injure* comprend une variété indéterminée de faits que les juges apprécient souverainement[1]. Quant aux *délits*, ce sont tous les actes punis par la loi pénale, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les délits contre les biens et les délits contre la personne.

Du reste, injures, sévices et délits doivent également présenter un certain caractère de gravité pour être une cause de révocation des donations : l'épithète « graves » qui termine l'énumération s'applique aux trois mots qui la précèdent. La gravité du fait s'apprécie d'après la peine portée par la loi, d'après la perte subie par le donateur, et surtout d'après le degré de haine et de perversité que suppose la faute du donataire[2].

2645. Injure à la mémoire du donateur. — L'injure grave faite à la mémoire

[1] Les imputations injurieuses dirigées par l'un des époux contre l'autre au cours d'un procès en divorce ne sont pas considérées comme des faits d'ingratitude pouvant motiver la révocation d'une donation (Cass., 22 juin 1897, D. 97. 1. 559). Cependant des injures graves, proférées dans une cour d'assises par le donataire contre le donateur, peuvent justifier une demande en révocation pour ingratitude (Cass., 4 août 1873, D. 74. 1. 198, S. 73. 1. 461).

[2] Ainsi un délit de chasse commis sur les terres du donateur ne pourrait pas rendre une donation révocable. Il en serait autrement d'un vol de linge et d'effets mobiliers commis par une domestique au détriment de son maître.

du donateur est-elle une cause de révocation de la donation? Pothier enseignait formellement l'affirmative (*Introd. à la coutume d'Orléans*, tit. XV, n° 118), et il a été soutenu qu'elle devait être encore admise sous le Code civil, parce que l'art. 1047 admet cette cause de révocation en matière de testaments. — La grande majorité de la doctrine s'est cependant prononcée en sens contraire. D'après l'art. 957, l'action en révocation ne peut pas appartenir aux héritiers du donateur de leur propre chef; ils ne peuvent l'avoir que par transmission, quand elle est née en la personne de leur auteur: elle ne peut donc pas prendre naissance en leur personne, après la mort de celui-ci. Quant à l'art. 1047, il donne une solution spéciale, contraire au système que la loi applique aux donations.

3° Refus d'aliments.

2646. Lacune de la loi. — D'après l'art. 955, le refus d'aliments constitue une forme spéciale de l'ingratitude, quand le donataire laisse le donateur dans l'indigence, mais le Code est absolument muet sur ce cas d'obligation alimentaire, qui est simplement sanctionné par l'art. 955, au moyen de l'action en révocation, sans être nulle part établi ni réglementé par aucun autre texte. Il est bien probable que le donataire n'est tenu qu'à *défaut de parents ou d'alliés* capables de fournir une pension et que son obligation n'est que *subsidiaire*. Cependant ce point est contesté.

En tout cas il est certain que le donataire ne peut être tenu de servir des aliments au delà de la valeur qu'il a reçue. Est-ce à dire que la pension ne doive jamais dépasser le revenu du capital ou du bien donné? Je ne le crois pas : dans certains cas extrêmes les juges auraient la faculté de dépasser le chiffre du revenu annuel, sans que cet excédent puisse jamais obliger le donataire à restituer plus qu'il n'a reçu.

C. — Action en révocation.

2647. Personnes munies de l'action. — La révocation de la donation doit être prononcée par la justice (art. 956). L'action appartient au *donateur* d'abord, qui la transmet en mourant à ses *héritiers*. Le texte de l'art. 957 commence par refuser l'action aux héritiers du donateur, puis il leur permet de l'exercer dans deux cas: 1° quand le donateur est mort au cours de l'instance engagée par lui ; 2° quand il est mort avant d'avoir agi, mais étant encore dans le délai pour le faire. Beaucoup d'auteurs ont cru que la loi s'était contredite elle-même en accordant l'action aux héritiers aussi largement qu'au donateur lui-même, après la leur avoir refusée. Cependant le système de la loi se comprend: il signifie que les héritiers n'ont jamais l'action *de leur propre chef*; qu'elle ne peut leur appartenir que *par l'effet d'une transmission*. Comp. ci-dessus, n° 2645.

Quant aux *créanciers* du donateur, ils ne sont pas admis à exercer cette action du chef de leur débiteur: l'action en révocation pour ingratitude est une de ces actions qui supposent l'appréciation d'un élément moral et que l'art. 1166 déclare « exclusivement attachées à la personne ».

2648. Défendeurs à l'action. — L'action ne peut être dirigée que contre *le donataire seul*; elle ne peut pas l'être contre ses héritiers (art. 957). Ainsi, si le donataire meurt avant que le donateur ait agi, l'action est éteinte ; elle ne peut pas être *commencée* contre les héritiers, cela résulte

clairement du texte ; le motif est que cette révocation était une *peine*, destinée à atteindre un ingrat, lequel est mort et ne peut plus être puni.

Pourrait-elle tout au moins être *continuée* contre les héritiers du donataire, si elle avait été engagée contre celui-ci de son vivant ? On l'a parfois soutenu en citant la maxime romaine : « Actiones quæ morte vel tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent », et en faisant remarquer que l'art. 957 défend seulement de « demander » la révocation contre les héritiers, ce qui paraît se référer à l'exercice initial de l'action. Mais la maxime romaine était en relation étroite avec les effets spéciaux de la *litis contestatio* et n'a plus rien à voir dans notre droit ; quant à l'argument tiré du texte, il se retourne contre ceux qui s'en servent ; n'est-il pas évident que celui qui continue l'instance « demande » la révocation, tout aussi bien que s'il avait lui-même engagée l'affaire ? Donc, quand la loi défend de demander la révocation, cela doit s'entendre même de la continuation de la demande.

***2649. Durée de l'action.** — Il y avait eu dans notre ancien droit de grandes divergences sur le délai de la prescription. Le code les a fait cesser en fixant ce délai à *un an* (art. 957).

Ce délai court *du jour du délit*, c'est-à-dire du jour de l'acte d'ingratitude commis par le donataire, ou *du jour où le donateur a pu en avoir connaissance* (art. 957).

Malgré la formule absolue du texte, on réserve en général au donateur le droit de prouver que le fait n'est pas arrivé à sa connaissance, et de reculer par là le cours du délai.

Quand l'action passe aux héritiers du donateur, elle a entre leurs mains la même durée que pour lui, puisque la loi n'a fixé pour eux aucune prescription spéciale ; et s'il est mort sans avoir pu connaître le délit, la prescription ne courra contre eux que du jour où ils auront pu en avoir connaissance. — Si le donateur est mort dans le délai et que ses héritiers connaissent les faits d'ingratitude, il semble qu'ils n'ont plus pour agir que ce qui reste à courir du délai déjà commencé (en ce sens, Paris, 18 févr. 1896, D. 96. 2. 197). Cependant il a été jugé antérieurement qu'ils avaient dans tous les cas un délai d'un an (Paris, 20 févr. 1893, D. 93. 2. 517, S. 93. 2. 127).

2650. Caractère du délai. — Ce délai d'un an n'est pas une prescription véritable ; c'est un simple *délai préfix*, pour lequel il n'existe aucune cause de suspension au profit des incapables, et la perte de l'action ne peut être évitée que par son exercice avant l'expiration de l'année.

2651. Effet du pardon. — Le fondement de cette prescription si rapide est le *pardon présumé*, accordé par le donateur. Par suite, l'action s'éteindrait, même avant l'année écoulée, s'il y avait des faits prouvant que le donateur a pardonné (Lyon, 14 janv. 1870, D. 76. 5. 396).

D. — Effets de la révocation.

1° A l'égard des tiers.

***2652. Absence de rétroactivité.** — En révoquant la donation, on veut seulement *punir* le donataire ingrat. Il suffit donc de lui enlever la chose *pour l'avenir*, sans faire rétroagir la résolution de son droit. De la

sorte les droits des tiers sont respectés : les actes d'aliénation ou de disposition faits par le donataire sur les biens donnés sont maintenus, notamment les hypothèques nées de son chef sur l'immeuble donné. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les aliénations consenties par le donataire, selon qu'elles ont été faites à titre onéreux ou à titre gratuit. Sont seuls atteints ceux qu'il aurait constitués *après la demande dirigée contre lui* (art. 958). C'est donc la demande en révocation qui détermine le moment auquel est *réputée se produire la résolution du droit du donataire à l'égard des tiers.*

* **2653. Publicité.** — Au cas où la donation avait pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques, la loi veut que la demande en révocation soit rendue publique, afin que les tiers en soient prévenus. Cette publicité se fait à l'aide d'une *mention en marge de la transcription* qui a dû être opérée au moment de la donation. C'est seulement du jour où cette mention a été opérée que les tiers sont avertis du danger qui les menace s'ils traitent avec le donataire et que la demande en révocation leur devient opposable (art. 958)[1].

C'est là une mesure excellente tout à fait conforme aux tendances du droit moderne ; mais dans tous les cas où la donation avait pour objet des biens d'une autre nature, aucune publicité n'est nécessaire.

2° Entre les parties.

* **2654. Rétroactivité de la révocation.** — Si la loi refuse à la révocation tout effet rétroactif, c'est seulement pour ménager les intérêts des tiers ; mais, quand les droits de ceux-ci sont hors de cause et assurés, rien n'empêche la révocation de *rétroagir* au jour même de la donation *dans les rapports des parties entre elles.* Tel est aussi le système de la loi : le donataire restitue *en nature* les biens donnés, quand il les possède encore. S'il les a aliénés, il en restitue *la valeur au jour de la demande* (art. 958, al. 2), c'est-à-dire que le donateur doit obtenir ce qu'il aurait eu si l'aliénation n'avait pas été faite. Par analogie, le donateur doit être indemnisé de toutes les charges réelles établies sur l'immeuble et qui lui sont opposables, telles que les servitudes et hypothèques provenant du fait du donataire, au cas où les biens lui sont restitués en nature, mais grevés de charges.

2655. Améliorations et détériorations. — Nous ne trouvons rien dans la loi sur les augmentations de valeur qui peuvent être dues à des travaux exécutés par le donataire ou sur les détériorations provenant de son fait ou de sa négligence : l'équité exige qu'il soit tenu compte des unes et des autres, pour que le donateur ne s'enrichisse pas aux dépens du donataire en lui reprenant plus qu'il n'avait donné, ou qu'il ne subisse pas de préjudice par la faute d'autrui.

[1] Si la transcription de la donation n'a pas encore été faite, il semble que le donateur soit dans la nécessité de la faire opérer pour faire sa mention en marge, car aucune autre formalité ne remplirait sûrement la même fonction de publicité au profit des tiers. Cependant la question est controversée en doctrine. Pas de jurisprudence.

2656. Restitution des fruits. — Sur ce point, la loi a statué : les fruits ne sont dus que du jour de la demande. Le donataire ingrat conserve donc les fruits et revenus antérieurs (art. 958). Si on l'avait obligé à les restituer tous, on aurait pu aboutir à un chiffre excessif par leur accumulation : le donataire serait ruiné peut-être et le donateur s'enrichirait injustement en recevant une masse d'intérêts capitalisés, car la révocation peut se produire de longues années après la donation.

§ 3. — *De la révocation pour survenance d'enfant.*

***2657. Définition.** — Lorsqu'une donation est faite par une personne qui n'a pas encore d'enfant, cette donation se trouve révoquée *s'il survient un enfant au donateur.*

A l'exemple de l'ordonnance de 1731, le Code consacre un plus grand nombre d'articles à cette cause de résolution qu'aux deux précédentes (art. 960 à 966).

2658. Origine historique. — Cette cause de révocation vient de la loi *Si unquam* (Code, liv. VIII, tit. 56, loi 8), qui était spéciale aux donations faites par les patrons à leurs affranchis. Elle fut plus tard généralisée. Notre ancienne pratique avait fini par l'admettre, après quelques discussions ; Po hier disait qu'elle était de « jurisprudence française ». Cependant le projet de l'an VIII l'avait supprimée (Fenet, t. II, p. 285, art. 68). Mais elle fut rétablie après une vive discussion au sein du Conseil d'État, principalement sur les instances de Cambacérès, et le Conseil décida d'adopter le système de l'ordonnance de 1731. C'est pour cela que les art. 960 à 966 reproduisent presque dans les mêmes termes les art. 39 à 45 de l'ordonnance.

***2659. Motifs.** — La raison de cette cause de révocation a été fréquemment contestée. On présume que celui qui donne n'ayant pas d'enfants pensait n'en avoir jamais et qu'il se serait abstenu de faire cette donation s'il avait prévu en avoir un jour. C'est donc une clause de résolution sous-entendue dans l'acte, et fondée sur une interprétation de volonté. Mais ce qui est tout à fait remarquable, c'est que la révocation ne peut pas être écartée par une déclaration de volonté contraire ; il n'y a pas moyen de l'empêcher. On en donne pour motif qu'une renonciation de ce genre serait toujours faite à la légère : celui qui n'a pas d'enfants, dit-on, ne connaît pas encore la force du sentiment paternel. La renonciation au droit de demander la révocation pour survenance d'enfants serait ainsi devenue de style dans les donations.

Ces motifs sont-ils suffisants pour prévaloir sur le principe de l'irrévocabilité des conventions, et spécialement des donations entre vifs ? On en peut douter. La réserve accordée aux enfants suffit à les protéger contre des libéralités antérieures à leur naissance. D'ailleurs ce n'est pas à eux que la révocation profite ; les biens font retour à leur père, de sorte qu'on pourra voir celui-ci en disposer à nouveau au profit d'un tiers, et cette fois d'une manière irrévocable ; « quo nihil absurdius dici potest », disait anciennement Vinnius.

A. — Donations sujettes à révocation.

*2660. **La règle.** — En principe, *toutes les donations,* quel que soit *leur caractère* et quelle que soit *leur forme,* sont révocables par survenance d'enfants. La loi applique la règle quelle que soit aussi *la valeur des objets donnés.* On est d'accord pour entendre ces mots des *donations modiques:* leur peu d'importance n'est pas une raison pour les soustraire à la révocation, à moins cependant qu'il ne s'agisse de simples *cadeaux* ou *présents d'usage,* que la loi ne range pas au nombre des donations et qui sont notamment soustraits au rapport (art. 852).

*2661. **Exception unique.** — Il n'y a d'exception que pour les donations faites *par l'un des époux à l'autre,* soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Voyez ci-dessous, nos 3201 et 3217[1].

2662. **Exception apparente.** — Une seconde exception, purement apparente, se trouve indiquée dans l'art. 960. D'après ce texte, les donations faites par les ascendants des conjoints à l'un d'eux sont irrévocables, et ce serait là une exception au principe. Voyez le texte, qui porte : « Toutes donations... même celles qui auraient été faites en faveur du mariage *par autres que par les ascendants* aux conjoints... » Mais on a fait remarquer que l'ascendant qui fait cette donation a déjà au moins un enfant vivant, à savoir le donataire lui-même, et que l'irrévocabilité de sa donation se comprend sans qu'on ait besoin de recourir à l'idée d'une exception, puisque la règle ne lui est pas applicable.

Néanmoins le texte peut s'expliquer. Il est emprunté à l'ordonnance de 1731 et a pour but d'écarter une opinion ancienne, d'après laquelle le donateur devait être considéré comme étant sans enfants lorsqu'il n'en avait pas d'autre que le donataire : la donation faite à l'enfant unique se serait ainsi trouvée révoquée par la survenance d'un second enfant. C'est pour condamner cette ancienne idée que le texte a été écrit. S'il est donc incorrect dans la forme, il a néanmoins un sens et une utilité.

B. — Conditions de la révocation.

*2663. **Double condition.** — Pour que la donation se trouve résolue, deux conditions sont nécessaires. Il faut :

1° *Que le donateur n'ait pas eu d'enfants au jour où s'est faite la donation* ;

2° *Qu'il lui en survienne un plus tard* (art. 960).

1° Enfants dont la présence rend la donation irrévocable.

2664. **Énumération.** — De la première condition, il résulte que si le donateur avait *un enfant vivant* au moment où il a donné, la donation est *irrévocable.* Il est donc important de déterminer quels sont les enfants dont la présence au jour de la donation fait ou ne fait pas obstacle à la révocation.

1° Enfants légitimes. — A quelque degré qu'ils soient, fils ou filles et petits-enfants rendent la donation irrévocable. N'y en eût-il qu'un seul, ce résultat se produit, bien que la loi parle au pluriel des personnes qui « n'avaient point d'*enfants* ou de *descendants*... »

[1] Cependant il a été jugé que l'assurance sur la vie, quand elle constitue une donation, n'est pas révocable pour survenance d'enfant (Trib. civ. Toulouse, 21 févr. 1902, D. 1902. 2. 329).

2° Enfants naturels. — La question de savoir s'ils font obstacle à la révocation de la donation, de la même manière que les enfants légitimes, est controversée. Cependant la négative prévaut de plus en plus dans la doctrine : en parlant de « descendants » à la suite des enfants du premier degré, la loi montre qu'elle avait en vue uniquement la descendance légitime, car la descendance naturelle n'a qu'un degré. D'ailleurs c'était déjà en ce sens qu'on interprétait l'ordonnance de 1731, et l'on sait que le Code a maintenu purement et simplement son système.

La donation faite par une personne qui avait déjà un enfant naturel sera donc révoquée par la survenance d'un enfant légitime. Il y aurait toutefois de sérieuses raisons pour faire exception à cette règle si la donation avait été faite à l'enfant naturel lui-même, et cette exception a été admise par la Cour de Cassation, le 10 juillet 1844 (D. 44. 1. 257, S. 44. 1. 506).

Rappelons que l'enfant naturel légitimé est assimilé à un enfant légitime.

3° Enfants conçus non encore nés. — Quand il existe un enfant légitime simplement conçu au temps de la donation, on considère le donateur comme étant sans enfant. On ne peut pas appliquer ici la maxime : « Infans conceptus... » (t. I, n° 367), parce que cette application serait contraire aux intérêts de l'enfant. La conséquence est que la naissance de cet enfant après la donation la révoquera (art. 961).

4° Enfants en état d'absence. — S'il y a un seul enfant et qu'il soit en état d'absence, on discute pour savoir si la donation sera révocable. J'estime que non, car il est certain que le donateur a eu un enfant et on n'est pas sûr que cet enfant soit mort et que par suite le donateur soit « sans enfants ». Toutefois les auteurs anciens ne tenaient pas compte de l'enfant absent et admettaient la révocation quand il en survenait un autre.

5° Enfants adoptifs. — D'après l'opinion la plus générale l'existence d'un enfant adoptif au jour de la donation ne l'empêcherait pas d'être révocable pour survenance d'enfant. L'adopté est moins un « enfant » qu'un « héritier » et on ne peut l'assimiler aux « descendants » dont parle l'art. 960.

2° Survenance d'un enfant.

*2665. **Condition de légitimité.** — L'enfant dont la survenance révoque la donation doit être un *enfant légitime* ; ce n'est qu'en faveur de la famille légitime que cette cause de révocation a été admise.

2666. Enfants posthumes. — La naissance d'un posthume révoque la donation. L'art. 960 le dit expressément afin de supprimer des doutes qui s'étaient élevés dans l'ancien droit. Ceci montre que la loi a songé aux intérêts des enfants plus encore qu'à l'intérêt égoïste du donateur ; et cela a été dit et répété dans les discussions du Conseil d'État.

2667. Difficulté au cas de mariage putatif. — Si l'enfant qui survient est né d'un mariage annulé et qui vaut comme mariage putatif, il garde en principe la qualité de légitime, et par suite sa naissance opère révocation de la donation. Une difficulté s'élève toutefois lorsque l'un des époux était de mauvaise foi et que c'est précisément celui-là qui avait fait la donation. Beaucoup d'auteurs ne veulent pas le faire profiter de sa mauvaise foi et proposent de décider alors que la donation n'est pas résolue. Mais il ne faut pas oublier le motif de la révocation : elle est établie dans l'intérêt de l'enfant au moins autant que dans l'intérêt du donateur (voyez le n° précédent) ; il n'y a donc pas lieu de l'écarter sur le seul fondement de la mauvaise foi de celui-ci ; la révocation doit se produire, pour que l'enfant puisse en profiter. D'ailleurs cette révocation est attachée au seul fait de la survenance d'un enfant légitime, condition qui se trouve réalisée ici, car l'enfant né d'un mariage putatif est enfant légitime, même pour celui de ses parents qui a été de mauvaise foi.

2668. Légitimation d'un enfant naturel. — La loi a prévu la question et a statué ainsi : « Toutes donations... demeureront révoquées... par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, *s'il est né depuis la donation* » (art. 960 *in fine*). La légitimation d'un enfant né auparavant n'aurait donc pas le même effet. Cette

distinction qui n'existait pas dans l'ordonnance a été introduite sur la demande du Tribunat, afin d'enlever au donateur un moyen de révoquer la donation par un acte volontaire, en épousant la mère de son enfant ; il paraît qu'on en avait vu des exemples. Voyez sur ce cas, Cass., 23 nov. 1857, D. 57. 1. 423, S. 58. 1. 293 ; Bourges, 26 mai 1858, D. 58. 2. 178.

2669. Adoption d'un enfant. — Quoique l'enfant adoptif ait les mêmes droits qu'un enfant légitime, on ne peut considérer son adoption comme une cause de révocation, parce que ce serait un moyen pour le donateur de révoquer volontairement sa libéralité (Cass., 2 févr. 1852, D. 52. 1. 33).

2670. Retour d'un enfant absent. — Ce fait encore ne saurait être assimilé à la survenance d'un enfant après la donation ; il est prouvé, par le retour de l'absent, qu'il avait un enfant vivant au jour où il a donné, et par conséquent sa libéralité n'est pas révocable.

C. — Comment s'opère la révocation.

***2671. Résolution de plein droit.** — On lit dans l'art. 960, qui reproduit littéralement le texte de l'ordonnance de 1731, que les donations « demeureront[1] *révoquées de plein droit* » par la survenance d'un enfant. La révocation n'a donc pas besoin d'être demandée en justice, et c'est là une différence considérable entre cette dernière cause de révocation et les deux précédentes.

***2672. Conséquences.** — De la formule employée par l'art. 960 nous tirons les conséquences suivantes :

1° *Aucune action en justice n'est nécessaire pour résoudre la donation.* Le donateur n'a rien à demander au tribunal, à moins que le donataire ne conteste l'existence de la cause de révocation ou ne refuse de restituer les biens qu'il a reçus ; mais alors on plaidera sur l'exactitude d'un fait ou sur l'interprétation de la loi, et le juge n'aura pas à *prononcer* une révocation qui résulte de la loi et qui s'est déjà opérée si elle est vraiment fondée.

2° *Toute personne intéressée pourra faire constater la résolution.* La réalisation d'une condition résolutoire est un fait qui s'accomplit nécessairement pour tout le monde. Toutefois il est reconnu que les enfants du donateur ne peuvent se prévaloir de la révocation, tant que leur père est vivant ; c'est seulement après sa mort que leur droit s'ouvre.

3° *Aucun acte confirmatif ne peut intervenir.* Le donateur, n'ayant pas d'action à exercer, ne peut pas y renoncer. La donation est mise à néant et ne peut pas être confirmée ; elle doit être *refaite à nouveau,* si on veut lui donner effet. Son exécution, même prolongée, ne lui rendrait pas la vie ; la mort même de l'enfant du donateur n'effacerait pas les effets de la révocation qui s'est produite[2]. Voyez les art. 962 et 964. Cette révocation, aussitôt

[1] Les mots « *demeureront* révoquées », qui figurent dans l'ordonnance de 1731 s'expliquent sans doute parce que le rédacteur a voulu exprimer par là qu'il maintenait une cause de révocation déjà admise par la jurisprudence.

[2] Sur ce point la loi semble manquer de logique. Du moment où la révocation est introduite principalement dans l'intérêt de l'enfant, comment se fait-il que son décès n'ait pas pour effet de restituer à la donation révoquée la vigueur que sa naissance

qu'elle a lieu, est *un fait* qui demeure *acquis et ineffaçable,* quels que puissent être les événements ultérieurs.

D. — Effets de la révocation.

***2673. Résolution de la propriété.** — C'est une véritable condition résolutoire qui s'accomplit. La donation révoquée est réputée n'avoir jamais été faite ; les biens donnés font donc retour au donateur, qui les reprend francs et quittes de toutes dettes et charges imposées par le donataire.

La loi prend même soin de décider d'une façon spéciale que les biens ne seront pas affectés, fût-ce subsidiairement, à la garantie de la dot ni des reprises et actions matrimoniales de la femme du donataire, « quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donataire se serait obligé comme caution par la donation à l'exécution du contrat de mariage » (art. 963). Comp. ci-dessus, nos 2623 et 2635.

2674. Liberté de disposer du donateur. — Le donateur, en reprenant son bien, demeure libre d'en faire ce qu'il veut. Il peut en disposer au profit d'un tiers, ou au profit du premier donataire lui-même, et cette fois ce sera d'une manière définitive.

Ainsi cette révocation, introduite dans l'intérêt de l'enfant qui vient de naître, ne lui profite que d'une manière indirecte et éventuelle : il faut qu'il survive à son père, qu'il accepte sa succession, et que le père soit mort sans avoir disposé à nouveau de son bien. Tout ceci montre combien ce mode de protection des intérêts de l'enfant est mal adapté à la situation; sa réserve le protège beaucoup plus efficacement.

2675. Restitution des fruits. — Sur ce point l'article 962 formule une règle spéciale. Voici les solutions contenues dans cet article :

1° Jusqu'au moment de la survenance de l'enfant ou de sa légitimation, le donataire fait les fruits siens *en sa qualité de propriétaire de la chose.*

2° Depuis le jour où la résolution a eu lieu, il ne peut plus les acquérir à ce titre, puisqu'il n'est plus propriétaire, mais il peut encore *les faire siens comme possesseur par la perception*[1], à la condition qu'il soit de bonne foi. Or on le répute de bonne foi tant que la survenance de l'enfant ne lui a pas été « notifiée par exploit [d'huissier] ou autre acte en bonne forme » (art. 962). C'est là une disposition particulière de la loi, qui exclut l'application des règles ordinaires : le donataire continuera donc à gagner les fruits quoiqu'il ait eu par une autre voie connaissance du fait qui a révoqué la donation.

3° La restitution des fruits est due à partir du jour de la notification dont il vient d'être parlé, alors même que la demande en restitution ne serait formée que plus tard.

Les mêmes règles sont applicables aux sous-acquéreurs.

E. — Durée de l'action en restitution.

***2676. Règles exceptionnelles.** — On a vu qu'il n'y a pas d'*action en révocation*, puisque la résolution s'opère toute seule, par la volonté de la loi; mais il y a une *action en restitution*, si le donataire ne restitue pas à l'amiable; cette action peut se prescrire, et pour sa prescription la loi a établi des règles exceptionnelles dont il est impossible de donner une explication logique.

lui avait fait perdre? — On peut cependant observer ceci : si l'enfant a vécu un certain temps, la révocation a produit l'effet utile que la loi en attendait : elle a profité à l'enfant. Or il serait tout à fait arbitraire de fixer un délai en deçà duquel la mort prématurée de l'enfant ferait considérer sa naissance comme non-avenue. On revient ainsi au système du Code : dès qu'un enfant naît, la donation est révoquée d'une manière définitive.

[1] Le texte porte, en termes très exacts : « les fruits par lui *perçus* ». La perception est en effet l'acte qui rend le possesseur d'un bien propriétaire des fruits. Voyez t. I, n° 2299.

Si on avait appliqué les principes généraux, on aurait dit :

1° Après la résolution de la donation, le *donataire* ou ses *héritiers*, n'ayant plus aucun titre pour posséder les biens, n'en pourront prescrire la propriété que *par trente ans*, et ce sera à leur égard une prescription acquisitive qui s'accomplira ; ils seront propriétaires en vertu d'une *usucapion* et ne seront pas réputés tenir les biens du donateur et à titre de *donataires*.

2° La prescription courra pour eux du jour où leur titre s'est trouvé résolu, *c'est-à-dire du jour de la naissance du premier enfant du donateur*.

3° *Les tiers acquéreurs à titre particulier*, qui auront *juste titre et bonne foi*, pourront arriver à la propriété par la prescription de dix à vingt ans.

Sur ces trois points les solutions qui découleraient du droit commun ont été mises de côté par les dispositions positives, écrites dans l'art. 966 et dont voici l'analyse :

1° *Pour tout le monde*, pour les tiers détenteurs avec ou sans titre aussi bien que pour le donataire lui-même, la prescription sera toujours de *trente ans*.

2° Cette prescription ne courra que *du jour de la naissance du dernier enfant*, même posthume, ce qui peut avoir pour effet de la retarder beaucoup. — Pothier, pour justifier cette solution de l'ordonnance, disait que chaque enfant qui naît donne une action nouvelle, qui vaut interruption de la prescription commencée.

3° *L'effet de la prescription accomplie est de faire valoir la donation révoquée*. Le donataire ou ses héritiers conserveront donc les biens donnés, non comme possesseurs ayant usucapé, mais comme ayants cause du donateur, en vertu d'un acte de disposition gratuite. Ceci est tout à fait inconciliable avec l'idée d'une révocation de plein droit.

Ainsi la prescription a en quelque sorte pour effet de restaurer la donation révoquée. Il en résulte que le donataire sera tenu au rapport et à la réduction, et pourrait, le cas échéant, se voir à nouveau enlever la donation pour ingratitude.

CHAPITRE III

RÈGLES PROPRES AUX TESTAMENTS

SECTION I. — De la forme des testaments.

2677. Distinction. — Au point de vue des formes, il y a deux sortes de testaments. Les uns sont faits *dans les circonstances normales* ; ce sont les *testaments ordinaires*. Les autres sont faits *dans des cas exceptionnels*, où l'emploi des formes ordinaires serait impossible ou tout au moins difficile et pour cette raison la loi a établi pour eux des formes simplifiées : ce sont les *testaments privilégiés*.

§ 1. — *Formes des testaments ordinaires*[1].

2678. Classification. — Trois manières de tester sont permises par la

[1] Sur les formes du testament, voyez la thèse de M. HENRI AUFFROY, *L'évolution du testament en France, des origines au XIIIe siècle*, Paris, 1899.

loi : 1° la forme *olographe* ; 2° la forme *authentique* (notariée) ; 3° la forme *mystique* (art. 969).

A. — Règles communes aux trois formes.

1° Emploi de l'écriture.

***2679. Suppression du testament nuncupatif.** — Tout testament se fait *par écrit*. Notre droit ne connaît donc plus le testament *verbal* ou *nuncupatif*, qui se pratiquait autrefois et qui a été prohibé par l'ordonnance de 1735 (art. 1er). Par suite, les déclarations verbales que le défunt a pu faire, soit pour disposer de certains biens, soit pour modifier ou compléter un testament écrit, sont sans valeur ; les héritiers ne sont pas liés par elle ; l'aveu qu'ils en feraient ne les oblige pas, et la preuve n'en peut pas être offerte contre eux. Voyez toutefois ce qui est dit, dans le tome II, de l'obligation naturelle qui résulte d'un *legs verbal* (t. II, n° 342).

2680. Preuve d'un testament perdu. — Les dernières dispositions d'une personne décédée peuvent cependant être prouvées par témoins, lorsqu'il est certain que le testament a existé et qu'il a péri fortuitement (Grenoble, 6 août 1901, S. 1903. 2. 106). C'est l'application des règles habituelles sur la preuve, et cela ne contrarie en rien l'exigence de la loi relativement à l'emploi de l'écriture pour la confection du testament.

Au cas où le testament aurait été détruit par un tiers dans des conditions engageant sa responsabilité, c'est-à dire *par dol ou par faute*, sa suppression serait un délit ou un quasi-délit, et la personne responsable pourrait être condamnée à des dommages-intérêts envers les légataires dont elle aurait détruit le titre (Cass., 12 juin 1882, L. 82. 1. 299, S. 83. 1. 127). Comp. Cass., 24 juill. 1900, D. 1901. 1. 358. — En outre la régularité du testament détruit est présumée (Cass., 8 déc. 1902, S. 1904. 1. 132).

2° Solennité de l'acte.

***2681. Conséquences.** — On a déjà vu (ci-dessus, n° 2515) que le testament est un acte *solennel* : s'il n'a pas été fait dans la forme légale, il n'a aucune valeur ; il n'existe pas. Son auteur doit donc *le refaire*.

Toutefois on admet que l'art. 1340, qui permet aux héritiers de confirmer par un acte volontaire une donation nulle en la forme, s'applique aussi aux testaments, bien qu'il ne parle que des donations. Comp. ci-dessus, n° 2532, et ci-dessous, n° 2685.

3° Prohibition des testaments conjoints.

***2682. Son but.** — Chaque testament doit être contenu dans un acte distinct. Deux personnes ne peuvent pas faire leur testament en même temps et par le même acte, soit qu'elles testent toutes deux au profit d'un tiers, soit qu'elles testent mutuellement en faveur l'une de l'autre ; les deux testaments contenus dans le même acte (testaments mutuels ou conjoints) sont *nuls* (art. 968).

Cette prohibition a pour but d'assurer la *révocabilité* des deux testaments : en faisant disparaître le sien, l'un des testateurs ne craindra pas d'anéantir l'autre en même temps.

2683. Sa portée. — Introduite par l'ordonnance de 1735 (art. 77), mais avec divers tempéraments, la prohibition est aujourd'hui absolue : l'art. 968 ne fait aucune réserve et ne comporte aucune distinction.

4° Nullité des testaments.

***2684. Durée de l'action.** — Quand un testament est annulable,

quelle sera la durée de l'action ? On admet généralement que la *prescription décennale*, établie par l'art. 1304 pour l'action en nullité, est *inapplicable aux testaments*. Ce texte est placé dans la matière des contrats, et il ne vise que les « conventions ». Par suite, l'action en nullité dirigée contre un testament dure *trente ans* (DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 79 *bis*; LAURENT, t. XIX, n° 26; Bordeaux, 14 mars 1843, D. 43. 2. 177, S. 43. 2. 311).

2685. Ratification des testaments nuls. — Bien que l'art. 1340 ne parle que des *donations* nulles, il est admis que sa disposition s'applique même aux testaments. Par suite, les héritiers du testateur ne sont plus recevables à demander la nullité du testament de leur auteur lorsqu'ils l'ont confirmé en l'exécutant volontairement (Cass., 13 mars 1846, D. 5. 616, S. 16. 1. 425, S. chr. 5. 1. 168; Cass., 10 déc. 1874, S. 75. 1. 313). Le principe n'est pas douteux, mais son application comporte bien des difficultés de fait. Ainsi, quand il s'agit d'un vice de forme, il ne peut y avoir ratification tacite par suite d'une exécution totale ou partielle, qu'autant que l'héritier qui avait le droit de quereller le testament, en a eu en mains l'original et a pu l'examiner (Cass., 9 nov. 1814, D. 10. 714, S. 15. 1. 1, S. chr. 4. 1. 629). Il n'y a en effet de confirmation possible que de la part de quelqu'un qui connaît la cause de nullité (Montpellier, 22 avril 1832. S. 32. 2. 620; Cass., 24 juill. 1839, D. 39. 1. 294, S. 39. 1. 653).

B. — Testament olographe.

1° Généralités.

2686. Origine. — Le testament olographe est d'origine romaine (*Novelles* de Valentinien III, tit. XX, 2, § 1). Cependant la plupart de nos pays de droit écrit ne le connaissaient pas : il était au contraire très usité dans les pays de coutume. L'ordonnance de 1735 sur les testaments avait respecté cette variété d'usages (art. 19). C'est seulement le Code civil qui a étendu la forme olographe à toute la France. — Une première tentative avait été faite par Michel de Marilhac (Ord. de 1629, art. 126), mais il avait échoué (t. I, n° 55). Les Parlements du Midi refusèrent d'enregistrer l'ordonnance ou ne le firent que sous la réserve de l'observation de la Novelle 107, qui n'autorisait la forme olographe que pour les testaments faits par le père en faveur de ses enfants.

2687. Avantages et inconvénients. — La forme olographe n'est pas sans inconvénients : elle rend plus faciles la *suggestion* et la *captation*; elle permet des *falsifications* dont les expertises sont loin de donner une démonstration sûre, car elles se contredisent souvent l'une l'autre[1]. Cependant elle est d'une grande commodité, surtout pour les personnes malades, qui n'ont pas toujours le temps ni les moyens de faire appeler un notaire, et pour les personnes indécises ou timides, qui aiment à lire et relire leurs dispositions avant de les considérer comme définitives. Les préventions se sont peu à peu dissipées et le testament olographe a fini par entrer tout à fait dans nos habitudes.

C'est la forme la plus simple pour tester; il suffit de savoir écrire. Le testateur rédige son testament à sa guise, quand il le veut, et où il le veut, sans avoir besoin du concours de qui que ce soit. C'est donc le meilleur moyen de tenir secrètes les dispositions du testateur; lui seul les connaît. Enfin le testament olographe est celui qui a le moins de causes de nullité à craindre.

2687 *bis*. Emploi des formes étrangères. — Les règles du droit international autorisent les étrangers à tester en France dans la forme particulière réglée par leur loi nationale pour le testament privé (Cass., 20 juill. 1909, D. 1911. 1. 185).

[1] Voyez l'affaire du faux testament de M. de la Boussinière, racontée par M. Sarrut D. 1900. 1. 34, et par M. Charmont, P. 1901. 1. 209. — Voyez aussi Cass., 4 déc. 1900, D. 1901. 1. 79.

2° Formalités.

****2688. Rédaction par le testateur lui-même.** — Le testament *olographe* est celui qui est écrit tout entier de la main du testateur (art. 970). Ὀλόγραφος existait déjà en grec (ὅλος, entier, et γράφειν, écrire)[1]. N'y eût-il qu'un seul mot écrit d'une main étrangère la nullité serait encourue (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 10). Comp. art. 968 et ci-dessus, n° 2682. Le mélange d'écritures pourrait faire croire que le testateur a subi une influence étrangère et que l'acte n'est pas son œuvre propre.

Ceci suppose que l'écriture étrangère mêlée à celle du testateur en est *contemporaine* et qu'on s'est mis à deux pour faire l'acte. S'il s'agissait d'additions *postérieures*, ne faisant pas corps avec le testament et mises à l'insu du testateur, il n'en pourrait résulter aucune nullité (Rouen, 13 juin 1893, D. 94. 2. 207, S. 94. 2. 229). Pour les additions et corrections marginales faites par un tiers, en vue d'un projet de modification du testament auquel il n'a pas été donné suite, voyez Cass., 16 juill. 1878, D. 79. 1. 129; et Poitiers, 1er févr. 1881, D. 81. 2. 149.

Il en serait de même d'écritures *antérieures* au testament; par exemple si le testateur avait écrit ses dernières volontés au dos d'une police d'assurance (Cass., 6 mai 1891, D. 93. 1. 177).

On a vu des testaments écrits en entier par le défunt, mais avec l'assistance d'un tiers qui lui dirigeait la main, parce que le testateur était hors d'état d'écrire seul, à raison de sa cécité ou de sa faiblesse. Le testament est validé quand il est constant en fait qu'il est bien l'œuvre spontanée et réfléchie de son signataire et que le tiers lui a prêté une simple assistance matérielle (Cass , 28 juin 1847, D. 47. 1. 341, S. 48. 1. 216; Rouen, 17 janv. 1900, D. 1900. 2. 247; Nancy, 22 oct. 1904, S. 1905. 2. 165); il est annulé quand le testateur n'a été qu'un instrument passif incapable de comprendre la valeur des caractères qu'il traçait (Cass., 20 déc. 1858, D. 59. 1. 274, S. 59. 1. 389; Cass., 31 juill. 1888, D. 90. 1. 400).

A plus forte raison le testateur peut-il se servir de modèles et de formules rédigées par un tiers (Lyon, 23 mars 1904, S. 1905. 2. 303).

****2689. Signature.** — Le testament olographe doit être signé. La signature se met à la fin de l'acte[2]. Elle se compose habituellement du nom et du prénom porté par le testateur; mais cela n'est pas nécessaire : il suffit que le testateur ait employé la signature dont il avait l'habitude de se servir et qui était la marque de sa personnalité.

Ainsi jugé pour l'emploi du surnom *Saint-Ange* à la place du nom véritable *Michallet* (Paris, 7 avril 1848, D. 48. 2. 90, S. 48. 2. 217). Un évêque peut signer de ses initiales et du nom de sa ville épiscopale. Le testament de Massillon, signé « J.-B., évêque de

[1] On devrait écrire « holographe », à cause de l'esprit rude ; l'*h* a été maintenu dans holocauste, dans catholique, et dans un certain nombre de termes de science, comme holothurie.

[2] Pour la validité d'une signature mise sur l'enveloppe du testament, voyez Paris, 17 mai 1901, D. 1902. 2. 266; Bourges, 15 janv. 1908, P. et S. 1908. 2. 136. — Sur l'absence de signature, espèce curieuse, Grenoble, 17 févr. 1911, P. et S. 1911. 2. 79.

Clermont», donna lieu à un procès et fut validé en première instance ; en appel les parties transigèrent.

Une erreur dans l'orthographe du nom, si elle ne le rend pas méconnaissable, ne vicie pas la signature.

2690. Date. — Tout testament olographe doit être daté. La façon dont la date est mise par le testateur est une source de procès fréquents (Dalloz, *Suppl.*, v° Dispositions entre vifs, n°s 647 à 679). Importantes au point de vue pratique, toutes ces questions ne sont que broutilles. Je me bornerai à quelques indications.

La date et l'indication précise du jour, du mois et de l'année où l'acte est passé[1]. L'indication du jour et du mois peut être donnée par équivalent : ainsi un testament peut être daté « le jour de Noël » ou « le jour de Pâques » (Cass. Turin, 4 mars 1881, S. 82. 4. 14). Elle peut être écrite en chiffres, la loi n'exige pas qu'elle soit mise en toutes lettres.

Il n'est pas nécessaire que la date soit mise au commencement ou à la fin du testament ; elle peut être intercalée au milieu de ses dispositions pourvu qu'il soit bien certain qu'elle s'applique à un ensemble écrit d'un seul jet et sans désemparer (Cass., 7 juill. 1869, D. 70. 1. 76, S. 69. 1. 409). Il y a au contraire des difficultés, lorsque le testateur s'y est mis à plusieurs reprises, pour savoir à quelles parties du testament se réfère la date (Douai, 17 mai 1878, D. 78. 2. 229).

2691. Importance de la date. — La date a une grande importance. C'est elle d'abord qui permet de savoir si le testament a été fait *en temps de capacité :* un testament fait pendant la minorité serait nul ou tout au moins réductible (ci-dessous, n°s 2892-2894). C'est elle encore qui permet de savoir *quel est de deux testaments celui qui révoque l'autre* : les dispositions les plus anciennes sont révoquées dans la mesure où elles sont incompatibles avec les nouvelles.

2692. Effet d'une date fausse ou incomplète. — Les erreurs de date et les fausses dates abondent dans les testaments, et les *Répertoires* montrent que les fautes involontaires et les petits mensonges s'y multiplient avec une variété presque sans limites ; de sorte que je ne puis ici indiquer que les cas principaux.

Fausse date et date incomplète sont équivalentes : elles entraînent également la nullité du testament. La jurisprudence française est constante sur ce point (Rouen, 15 nov. 1838, D. 39. 2. 4, S. 39, 2. 16 ; Cass., 20 juill. 1886, D. 87. 1. 83, S. 86. 1. 412 ; Cass. 16 juill. 1895, D. 96. 1. 196, S. 95, 1. 347). Cependant la jurisprudence belge admet que l'antidate ou la postdate ne rend pas le testament nul (Cass. belge, 2 avril 1857, D. 57. 2. 142 ; Cass. belge, 14 mars 1895, S. 97. 4. 35). La jurisprudence française a été critiquée en France d'une manière acerbe comme empreinte de l'esprit formaliste et légiste par Acollas (*Manuel*, t. II, p. 17, note 2) ; la jurisprudence belge a été justement réfutée en Belgique même par Laurent (t. XIII, n° 202) : quand la loi veut une date, c'est évidemment de la date vraie qu'il s'agit, et non pas d'une date fantaisiste. Comp. Labbé, note dans *Sirey*, 86. 1. 337.

La fausseté de la date est quelquefois évidente par elle-même[2] ; quelquefois elle appa-

[1] Le Code ne contient aucune règle précise ; l'art. 38 de l'ordonnance de 1735 exigeait formellement l'indication des « jour, mois et an ». Mais la jurisprudence a maintenu cette exigence (Cass., 3 mars 1846, D. 46. 1. 216, S. 46. 1. 565 ; Cass., 15 mai 1867, D. 67. 1. 201, S. 67. 1. 236). L'indication du jour est nécessaire ; serait nul un testament ainsi daté : « Fait en octobre 1888 ».

[2] Testaments datés du *trente et un*, quand le mois n'a que 30 jours (Lyon, 25 févr.

raît soit par les *énonciations du testament*, qui fait allusion à des événements plus récents (Douai, 27 décembre 1876, *Jurispr. de Douai*, t. 35), soit par le *filigrane* du papier timbré sur lequel il est écrit et qui porte la date de son émission ou permet de la retrouver. Ainsi on a annulé un testament daté du 1er janvier 1844, écrit sur une feuille qui portait le timbre de 1849 (Cass., 18 nov. 1856, D. 57. 1. 85, S. 57. 1. 272). Arrêts nombreux en ce sens, mais les difficultés d'appréciation sont souvent très grandes. Voyez par exemple Montpellier, 31 déc. 1872. D. 73. 2. 116, S. 73. 2. 173; Douai, 31 juill. 1899, D. 1900. 2. 310; Cass., 12 févr. 1906, D. 1907. 2. 247; Cass., 15 févr. 1909, P. et S. 1909. 1. 295, et la note.

Sauf dans le cas où sa fausseté est volontaire, la date peut être *rectifiée*[1] ou *complétée*[2]. Toutefois les indications dont on fait usage dans ce but pour réparer les erreurs ou omissions involontaires doivent être puisées *dans le testament lui-même* (Cass., 8 mai 1855, D. 55. 1. 163, S. 55. 1. 327; Cass., 9 juill. 1885, D. 86. 1. 368, S. 88. 1. 479; Cass., 5 mars 1913, D. 1913. 1. 432; P. et S. 1913. 1. 295)[3]. On considère le millésime du papier timbré comme un élément intrinsèque, parce que la feuille de papier fait corps avec l'acte (Cass., 1er mars 1832, D. 32. 1. 76, S. 32. 1. 265). Parfois même, pour s'éclairer dans des circonstances exceptionnelles, les tribunaux se sont référés à des actes distincts du testament, mais en relation avec lui, comme un codicille qui y est ajouté (Cass., 4 févr. 1879, D. 79. 1. 228, S. 79. 1. 102, et les renvois; Cass., 13 mars 1883, D. 84. 1. 14, S. 83. 1. 317; Cass., 31 mars 1896, D. 97. 1. 456), ou même comme l'enveloppe qui le contient (Cass., 9 janv. 1900, D. 1900. 1. 97, S. 1901. 1. 407).

2693. Conditions et formalités inutiles. — L'écriture de la main du testateur, la date et la signature sont les seules règles de forme que la loi ait établies pour le testament olographe. Voici les conséquences :

1° Le testament peut être *écrit sur papier libre*. La seule conséquence est une *amende* qui sera perçue quand on fera enregistrer le testament.

2° Le testament peut être *fait sous la forme d'une lettre missive*. Jurisprudence constante (Cass., 10 févr. 1879, D. 79. 1. 298, S. 80. 1. 117; Cass., 5 févr. 1900. D. 1900. 1. 557; Cass,, 28 juill. 1909, D. 1910. 1. 44. P. et S. 1912. 1. 81). Ceci suppose que la lettre est, dans la pensée de son auteur, son testament lui-même, et non pas un simple projet ou modèle. — Cette jurisprudence est tout à fait remarquable, parce que l'ordonnance de 1735 contenait une disposition formelle en sens contraire (art. 3).

3° Le testament peut être *écrit au crayon*, en tout ou partie (Besançon, 6 juin 1882, D. 83. 2. 60, S. 83. 2. 147).

4° Le testament peut être *rédigé en plusieurs fois, à des intervalles quelconques* (Rennes, 8 févr. 1860, D. 61. 2. 3; Douai, 17 mai 1878, D. 78. 2. 229). Chaque partie n'a pas besoin d'être datée isolément; il suffit d'une date finale s'appliquant à l'ensemble (Caen, 11 août 1866, *Journal du Notariat*, art. 18920; Cass., 18 avril 1883, *ibid.*, art. 22917).

5° Le testament peut être *rédigé sur plusieurs feuilles séparées*, pourvu qu'il soit certain que l'écriture qu'elles portent se fait suite (Cass., 28 mai 1894, D. 94. 1. 533,

1870 D. 71. 2. 11; Douai, 10 févr. 73, D. 74. 2. 58); testaments datés d'une époque postérieure au décès du testateur (Cass., 16 juill. 1895, D. 96. 1. 196).

[1] Cass., 16 févr. 1909, D. 1911. 1. 189, P. et S. 1912. 1. 77.

[2] Ainsi on a validé des testaments datés l'un de *mil huit quatorze*, l'autre de *mil cent seize*, en suppléant le mot qui manquait (Cass., 19 févr. 1818, S. chr.; Cass., 2 mars 1830, S. chr.) ainsi qu'un testament fait en 1809, et daté par erreur de 1890 (Agen, 6 avril 1813, S. chr.). Comp. Cass., 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 233, P. et S. 1914. 1. 363.

[3] Les arrêts dits *d'espèce* mettent le désarroi dans toute cette jurisprudence. En 1824 on annula un testament ainsi daté : « Le 1er novembre mil huit dix neuf » (Toulouse, 12 août 1824, D. 5. 641, S. 25. 2. 381). Le mot « cent » qui manquait était pourtant évident. En 1851 on a validé un testament qui ne portait aucune espèce de date (Paris, 5 avril 1851, D. 52. 2. 128, S. 51. 2. 193). Ne serait-il pas préférable de décider d'une façon générale qu'un testament est valable, malgré l'absence ou l'inexactitude de sa date lorsque la date exacte en peut être établie par un procédé quelconque ?

S. 96. 1. 277). Chaque feuillet n'a pas besoin d'être daté; si l'un d'eux contient une fausse date, l'erreur peut être rectifiée à l'aide des autres (Cass., 30 févr. 1889, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 183, note 1, S. 89. 1. 265).

6° Le testament peut être *rédigé en une langue quelconque.*

7° L'*indication de l'heure* n'est pas nécessaire (Nancy, 10 mars 1888, D. 88. 2. 212, S. 89. 2. 105).

8° L'*indication du lieu* où le testament est passé n'est pas nécessaire.

9° Du vivant du testateur, le testament *n'a pas besoin d'être enregistré.* L'art. 970 porte : « Il n'est assujetti à aucune autre forme ». Or l'enregistrement est certainement une formalité, et l'art. 970 serait violé si le testament y était sujet. Il en résulte qu'il *fait foi de sa date par lui-même.* Sur la force probante que le testament possède à ce point de vue, voyez ci-dessous, n° 2697.

2694. Des changements et additions apportés aux testaments. — Beaucoup de testaments contiennent des *ratures*, des *surcharges* et des *additions*. Ces dernières se trouvent tantôt en marge et tantôt en interligne. En supposant qu'il soit certain que toutes ces modifications sont l'œuvre du testateur, et non pas d'une main étrangère, elles ne vicient pas le testament primitif, qu'elles ont pour but de compléter ou de modifier. La seule question qui s'élève est de savoir si ces changements doivent être spécialement *datés* et *signés*, et on ne peut y répondre qu'à l'aide d'une distinction :

1° Changements contemporains de la rédaction primitive. — Qu'elles soient faites dans les marges ou entre les lignes, ces modifications n'ont pas besoin d'être *approuvées.* On a reconnu que les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, qui a établi diverses règles pour les corrections et additions, est spéciale aux actes notariés (Cass., 18 août 1862, D. 63. 1. 348, S. 63. 1. 268; Cass., 13 juill. 1875, D. 76. 5 430).

Les mots en interligne sont présumés faire partie du corps de l'écriture (Lyon, 30 mars 1900, D. 1901. 2. 202, et les renvois). Il semble bien qu'on applique la même présomption aux additions marginales (Amiens, 6 févr. 1862, D. 63. 2. 127, S. 62. 2. 203; Paris, 7 mars 1868, S. 68. 2. 23; Riom, 27 mai 1908, P. et S. 1908. 2. 283).

2° Changements postérieurs. — Toute addition postérieure doit être spécialement *signée* et *datée* par le testateur, aussi bien quand elle est faite *en interligne* (Nancy, 13 mai 1897, D. 1900. 2. 165, S. 1901. 2. 139), qu'*en marge* (Caen, 16 avril 1885, D. 90, 2. 357. Nombreux arrêts antérieurs). Si le testateur se borne à signer ces additions sans les dater, elles sont nulles faute de date.

Toutefois cette règle comporte une exception remarquable. La nécessité d'une date et d'une signature spéciales ne s'applique qu'aux additions qui contiennent des *dispositions nouvelles*, soit pour ajouter, soit pour retrancher quelque chose au contenu primitif du testament; si ces additions ne renferment que l'*explication* des dispositions premières elles n'ont besoin ni de date ni de signature (Cass., 22 nov. 1870, D. 72. 1. 272, S. 71. 1. 104. Comp. Cass., 16 août 1881, D. 82. 1, 247, S. 83. 1. 19). — Enfin la surcharge de la date est considérée comme permise, pourvu que la date nouvellement apposée soit lisible[1] (Poitiers, 11 avril 1864, D. 64. 2. 160). Comp. Cass., 1er févr. 1905, D. 1905. 1. 184.

On donne souvent dans la pratique le nom de « codicilles » à ces modifications de détail apportées à un testament antérieur, qui subsiste pour le surplus : c'est un souvenir de l'ancien droit, tel qu'il se pratiquait dans les pays de droit écrit, mais ce n'est plus qu'une survivance de langage, que rien ne justifie dans les institutions actuelles. Sur les anciens codicilles voyez ci-dessous, n° 2727.

2695. Ouverture du testament. — Un testament olographe ne peut pas être exécuté aussitôt après la mort du testateur. Il y a une formalité particulière à remplir : le

[1] Il s'est présenté un cas particulier : un testateur avait fait deux testaments successifs, dont le second révoquait le premier ; après quoi il surchargea la date du premier testament, en lui attribuant une époque plus récente : ce testament primitif se trouvait ainsi rénové par l'effet de la surcharge qu'il avait reçue, il était le dernier en date, et c'était lui qui révoquait l'autre (Cass., 15 juill. 1846, D. 46. 1. 342, S. 46. 1. 721).

testament doit être *présenté au président du tribunal civil* de l'arrondissement où la succession s'est ouverte (art. 1007)[1]. Le président l'ouvre, s'il est cacheté, et dresse *procès-verbal* de la présentation, ainsi que de l'ouverture du testament, dont il décrira l'état : puis il ordonne *le dépôt du testament chez un notaire par lui commis.*

Cette obligation de présenter le testament au président du tribunal est imposée à toute personne qui en est *dépositaire*, même si cette personne est un notaire. La loi l'impose en outre au juge de paix qui trouve le testament en apposant les scellés (art. 916 à 918 C. proc. civ.).

Sur la possibilité de faire appel de l'ordonnance de dépôt, voyez Paris, 10 juill. 1886, S. 86. 2. 211. Comp. Bordeaux, 23 juin 1885, D. 86. 2. 197, S. 85. 2. 185.

Ces formalités ne peuvent être considérées comme une vérification de l'authenticité de testament; elles sont plutôt destinées à en assurer la conservation et à empêcher qu'il ne soit falsifié ou détruit, ou qu'on ne lui en substitue un autre. Elles ne sont d'ailleurs sanctionnées par rien ; et aucune peine ou déchéance n'est encourue par la personne, légataire ou autre, qui ouvre elle-même le testament en l'absence de tout témoin, sauf le cas de fraude ou de faux prouvé.

3° Valeur probante.

2696. Contestations sur la sincérité de l'acte. — Les faux testaments ne sont pas rares, et plus souvent encore les héritiers suspectent comme faux un testament qui les dépouille. Le testament olographe est *un acte privé*. Rien ne serait donc plus naturel que de lui appliquer entièrement les règles ordinaires : celui à qui on l'oppose (l'héritier ab intestat) aurait toujours le droit d'en *méconnaître l'écriture* (t. II, n° 68), et sur cette simple déclaration, la preuve de la sincérité de l'acte tomberait à la charge des ayants-droit (les légataires) qui devaient la fournir au moyen de la *vérification d'écriture* (t. II, n°s 68 69).

En pratique, cette conséquence est bien admise d'une manière générale, mais la jurisprudence y apporte *une exception en faveur du légataire universel*, lorsqu'il se trouve *saisi de plein droit* par l'absence d'héritiers à réserve (art. 1006) et à partir du moment où il a obtenu l'ordonnance d'envoi en possession prescrite par l'art. 1008. D'après la Cour de cassation, le légataire universel n'a rien à prouver, et c'est à l'héritier non réservataire qu'incombe la preuve de la fausseté du testament (Cass., 9 nov. 1847, D. 48. 1. 10, S. 48. 1. 228; Cass., 5 août 1872, D. 72. 1. 376, S. 72. 1. 319; Cass., 10 janv. 1877, D. 77. 1. 159, S. 77. 1. 303). Il y a dans cette jurisprudence un véritable oubli des principes : si l'héritier a quelque chose à prouver pour réclamer la succession, ce n'est que sa qualité ; cela fait, la pétition d'hérédité lui est ouverte. Si le légataire universel veut alors établir son propre droit, il faut qu'il démontre la sincérité du testament qu'il exhibe ; sur ce point, l'héritier n'a rien à prouver, parce qu'il est *défendeur à l'exception tirée du testament*. L'argument tiré de la saisine accordée au légataire universel est une pétition de principe, car cette saisine ne lui est accordée que *si son titre est prouvé* ; quant à l'envoi en possession, accordé sur simple requête, sans vérification de l'écriture et hors la présence des autres intéressés, il ne peut avoir pour effet de donner au testament une sorte de consécration capable d'en faire présumer la sincérité. Aussi la jurisprudence est-elle unanimement combattue dans la doctrine; il y a eu pendant longtemps des arrêts dissidents, notamment de la Cour de Caen, qui a eu plusieurs décisions cassées (D. *Tables de vingt-deux ans*, v° Testament, n° 116). Comp. Douai, 7 juill. 1866 (arrêt cassé) (D. 67. 1. 217). La Cour de cassation elle-même a admis un tempérament qui ruine son principe : la preuve retombe à la charge du légataire universel saisi, *lorsqu'il existe des circonstances qui rendent le testament suspect* (Cass., 6 mai 1856, D. 56. 1. 216, S. 56. 1. 481). Comp. Demolombe, t. XXI, n°s 146 à 159 ; Aubry et Rau, t. VII. § 669, note 7.

[1] Ce texte, écrit à propos du légataire universel, n'est pas à sa place : il est général et applicable même quand le testament ne contient pas de legs universel.

Le légataire n'étant dispensé de la preuve qu'après qu'il a obtenu l'envoi en possession, les héritiers peuvent la faire retomber sur lui en l'attaquant auparavant (Caen, 2 janv. 1893, D. 93. 2. 380).

2697. Contestations sur la date. — On lit dans quelques arrêts que le testament olographe « fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux » (Cass., 22 févr. 1853, D. 53. 1. 131, S. 53. 1. 328 ; Cass., 21 août 1876, S. 78. 5. 445). C'est l'opinion commune, et l'art. 214 C. proc. civ. montre en effet que l'inscription de faux peut être dirigée même contre des actes privés.

Toutefois il y a deux séries de cas où l'inscription de faux ne sera pas nécessaire et ces deux séries comprennent en fait à peu près toutes les hypothèses où les tiers sont en état de prouver la fausseté de la date.

1° *La preuve du faux ressort du testament lui-même.* Le timbre ou le filigrane du papier est le moyen le plus fréquemment employé ; les autres circonstances intrinsèques qui permettent d'établir la fausseté de la date apparente sont assez rares. Voyez comme exemples, Cass., 18 août 1859, D. 59. 1. 415, S. 60. 1. 139 (date apparente postérieure au décès du testateur) ; Lyon, 14 déc. 1875, D. 76. 2. 199 (testament contenant un legs à un enfant désigné par son nom et par son sexe, qui n'était pas né au jour indiqué comme date par le testateur). Voyez aussi Bordeaux, 28 févr. 1872, D. 72. 2. 204, S. 73. 2. 173 ; Cass., 16 févr. 1909, P. et S. 1912. 1. 77. — La jurisprudence maintient fermement la nécessité de tirer du testament lui-même les moyens de preuve (Cass., 11 janv. 1886, D. 86. 1. 440, S. 86. 1. 337). Comp. Cass., 11 juin 1902, S. 1905. 1. 117, et ci-dessus, n° 2692.

2° *Le testament tout entier est attaqué comme étant entaché de captation ou de fraude.* En pareil cas tous les moyens de preuve sont permis, même ceux qui sont tirés d'autres actes ou de circonstances étrangères. La fausseté de la date cesse alors d'être l'objet direct et principal de la contestation ; de simples présomptions suffisent pour infirmer les dispositions principales et constitutives du testament ; la date, qui n'a été qu'un moyen accessoire pour perpétrer la fraude, peut être attaquée de la même manière (Cass., 22 févr. 1853, D. 53. 1. 131, S. 53. 1. 328 ; Cass., 10 déc. 1883, D. 84. 1. 135, S. 84. 1. 264),

C. — Testament authentique.

1° Généralités.

****2698. Forme notariée.** — Le testament « par acte public », annoncé dans l'art. 969, est reçu par deux notaires (art. 971). Cet acte notarié est soumis en principe aux règles posées par la loi du 25 ventôse an XI pour la rédaction notariée, mais le Code civil a établi pour lui quelques règles particulières. Les deux textes se complètent l'un l'autre : ainsi le Code civil ne parle ni de la signature ni de la date, qui sont exigées par la loi de ventôse.

Cette forme du testament public n'est pas universelle : en Roumanie, le testament public est rendu authentique par le tribunal de première instance (art. 860 et suiv. C. civ. ; art. 33 des lois de 1886 et 1887 sur l'authenticité des actes) (Alexandresco, p. 141).

2699. Comparaison avec le testament olographe. — A beaucoup de points de vue, le testament notarié ne peut pas soutenir la comparaison avec le testament olographe. Il force le testateur à faire connaître ses dispositions non seulement au notaire, habitué à être discret par profession, mais aussi à quatre témoins, ce qui peut avoir plus d'inconvénients. Il est entouré de tant de formalités et de conditions que les annulations sont fréquentes, au grand dommage des notaires qui en sont responsables, quand ils sont solvables. Ce genre de testament a cependant quelques avantages : il peut être fait par quelqu'un qui ne sait pas écrire ou qui ne peut plus le faire, un moribond, un blessé ; de

plus, il a la même force probante que tous les actes authentiques et par là il est supérieur au testament olographe.

2° Formalités spéciales.

***2700. Présence du second notaire et des témoins instrumentaires.** — Le testament est un de ces actes exceptionnels qui exigent la présence réelle du second notaire et des témoins instrumentaires. La loi du 21 juin 1843 n'a pas eu à l'édicter; le Code le disait déjà (art. 971) et était observé dans la pratique. Leur présence est nécessaire pendant tout le temps que durent la dictée, la confection et la signature du testament.

2701. Nombre des témoins instrumentaires. — Pour les donations, il suffit d'un notaire et de deux témoins remplaçant le second notaire. Pour le testament, la loi veut la présence de *deux témoins, outre celle du notaire en second*, et s'il n'y a qu'*un seul notaire*, il faut *quatre témoins* (art. 971). C'est un surcroît de précautions pour assurer la liberté du testateur.

2702. Dictée du testament. — Le testament doit être « dicté » par le testateur au notaire qui l'écrit (art. 972). Cela signifie que le testament ne peut pas être écrit par le notaire hors la présence du testateur, comme cela se fait pour les actes ordinaires que les parties viennent seulement signer après la lecture.

La nécessité d'une *dictée*, qui est une formalité substantielle, entraîne les conséquences suivantes :

1° Un *muet* ne peut tester dans la forme authentique (Nancy, 3 janv. 1903, D. 1903. 2. 213, S. 1904. 2. 209)[1].

2° Le notaire ne peut pas se borner à *copier* un projet préparé d'avance (Caen, 17 nov. 1884, S. 85. 2. 171), à moins que le testateur n'ait lu lui-même ce projet au notaire (Cass., 6 nov. 1890, S. 90. 1. 72).

3° Le notaire ne doit pas *suggérer* au testateur le contenu du testament dont les dispositions doivent être spontanées ; il peut seulement lui poser des questions pour s'éclairer sur ses véritables intentions (Cass., 7 janv. 1890, D. 91. 1. 438, S. 90. 1. 120) ou lui adresser des avertissements sur les illégalités ou les contradictions que peut renfermer le testament (Pau, 18 juill. 1887, D. 88. 2. 214 ; Lyon, 18 févr. 1907, P. et S. 1908. 2. 78). Pour ces *testaments sur interrogat*, voyez Cass., 28 nov. 1898, D. 99. 1. 273 ; Cass., 15 juin 1911, D. 1913. 1. 382.

2703. Écriture par le notaire. — C'est *le notaire lui-même* et non un clerc qui doit écrire l'acte.

Il doit l'écrire *tel qu'il est dicté* (art. 972). Cela ne signifie pas que le notaire doive reproduire les incorrections de langage et les impropriétés d'expression du testateur (arrêt précité du 7 janv. 1890 ; Cass., 3 mars 1890, D. 90. 1. 354, S. 90. 1. 160). Le plus sage est cependant de reproduire aussi fidèlement que possible les paroles du testateur, car la moindre omission ou la moindre altération entraînerait la nullité du testament tout entier (Pau, 17 mars 1890, D. 91. 2. 124).

Il n'est pas nécessaire que l'acte soit écrit tout de suite sur timbre : il peut être rédigé d'abord sur papier libre, pourvu que sa transcription sur papier timbré soit faite immédiatement, en présence du testateur, du second notaire et des témoins (Cass., 17 juill. 1884, D. 86. 5. 414, S. 85. 1. 127).

D'autre part, le notaire peut apporter un acte commencé, contenant déjà l'intitulé et le préambule ; ce qui doit être écrit sous la dictée du testateur et en sa présence, c'est uniquement le *dispositif* de l'acte.

[1] Il résulte des considérants de cet arrêt qu'un muet pourrait dicter valablement son testament s'il avait appris à articuler des sons par la méthode dite *gutturale*. En ce sens LAURENT, t. XIII, n° 312 ; HUC, t. VI, n° 286.

2704. Lecture du testament. — La lecture entière du testament, en présence du testateur et des témoins et avant sa signature, est aussi une formalité substantielle (art. 972). Il n'est pas nécessaire que ce soit le notaire lui-même qui donne lecture de l'acte : ainsi, *quand le testateur est sourd*, il peut faire cette lecture lui-même ; c'est le seul moyen d'être sûr qu'elle a eu pour lui son utilité, puisqu'il est hors d'état d'entendre une lecture faite par un autre. Tout au moins il suffit que le sourd ait relu lui-même le testament, après la lecture faite par le notaire de façon à prouver qu'il l'a vérifié et compris (Cass., 14 févr. 1872, D. 72. 1. 457, S. 72. 1. 5 ; Paris, 21 févr. 1879, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 198, note 1, S. 79. 2. 150). La Cour de Paris semblait précédemment incliner en sens contraire (Paris, 16 janv. 1874, D. 75. 2. 39, S. 74. 2. 137. Comp. Cass., 28 nov. 1898, D. 99. 1. 273). Comp. pour une personne dure d'oreille, Cass., 7 juill. 1910, P. et S. 1912. 1. 222.

2705. Mention de l'accomplissement des formalités légales. — L'art. 972 exige que le notaire fasse *mention expresse* dans l'acte de l'accomplissement de toutes les formalités requises par la loi et spécialement de la *lecture intégrale du testament*. Beaucoup de testaments sont annulés parce que cette mention a été omise ou est insuffisante, et la jurisprudence se montre très sévère dans l'appréciation de cette formalité. Voyez par exemple Cass., 4 juill. 1900, S. 1901 1. 230. Toutefois elle n'exige pas de termes sacramentels (Cass., 14 déc. 1886, D. 87. 1. 389, S. 87. 1. 166 ; Angers, 28 déc. 1891, D. 92. 2. 307, S. sous Cass., 93. 1. 404 ; Cass., 23 janv. 1893, D. 93. 1. 83, S. 93. 1. 401).

2706. Signature. — Le testament doit être signé par le notaire, les témoins et le testateur ; c'est cette signature seul qui le rend parfait. — Si le testateur ne sait ou ne peut signer, il faut : 1° que le notaire l'interroge sur la cause qui l'en empêche ; 2° que le testateur déclare cette cause ; 3° que le notaire mentionne à la fois la demande qu'il a faite et la réponse qu'il a obtenue (art. 973). — Si la déclaration faite par le testateur est fausse, le testament est nul, à moins qu'il n'y ait une simple impropriété de termes (Cass., 13 août 1884, D. 84. 1. 118, S. 84. 1. 56). La déclaration *de ne savoir écrire*, que la plupart des auteurs considèrent comme n'étant pas assez précise, parce que beaucoup de personnes savent signer leur nom sans savoir écrire, est au contraire admise comme suffisante par la jurisprudence (Cass., 1er févr. 1859, D. 59. 1. 85, S. 59. 1. 393). Plusieurs arrêts ont été rendus dans le même sens depuis lors.

Dans les campagnes, où la population est encore en partie illettrée (elle l'était bien davantage à l'époque où le Code a été rédigé), il peut être difficile de réunir des témoins sachant signer. Aussi l'art. 974 décide-t-il qu'*il suffit que la moitié des témoins signent* (un sur deux ou deux sur quatre, selon les cas). Quand l'acte sera-t-il reçu « à la campagne » ? C'est une question de fait, la loi n'ayant rien dit. Le Tribunat avait proposé de considérer comme campagne toute commune au-dessous de 1 000 habitants ; mais cette proposition n'a pas été adoptée.

Un testament authentique peut être valablement signé par un aveugle (Cass., 23 mai 1887, D. 88. 1. 467, S. 87. 1. 221).

Mais le testament est nul si la mort survient ou si le testateur perd connaissance après la rédaction du testament, mais avant que le notaire et les témoins aient eu le temps de le signer (Poitiers, 30 déc. 1872, D. 73. 2. 123, S. 73. 2. 172).

2707. Mention du lieu. — Comme tout acte notarié, le testament doit indiquer le lieu où il est passé, parce que les notaires n'ont qu'une compétence territoriale (t. II, n° 136). Il serait nul s'il était reçu par un notaire hors de son ressort. Y aurait-il également nullité si la mention du lieu avait été omise et qu'il eût été réellement passé dans le ressort où le notaire pouvait instrumenter ? On l'a contesté, mais la nullité résulte de la combinaison des art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

2708. Emploi d'une langue étrangère. — C'est un cas que le Code n'a pas prévu. Mais il existe des textes (L. 2 thermidor an II, et arrêté consulaire du 24 prairial an XI), qui ordonnent d'écrire *en français* tous les actes publics, tout en permettant de faire en marge une *traduction* dans l'idiome des parties quand celles-ci le réclament.

Une circulaire du grand juge (ministre de la justice) du 4 thermidor an XII, en a fait l'application à la rédaction des testaments notariés. La jurisprudence s'y conforme (Cass., belge, 5 mai 1887, D. 88. 2. 120, S. 88. 4. 9 ; Cass., 3 août 1891, D. 93. 1. 31, S. 92. 1. 566). Cette manière de procéder offre un danger, quand le testament est dicté dans une langue étrangère, le texte authentique écrit en français par le notaire n'est qu'une traduction qui peut être inexacte ; cependant c'est elle qui fera foi en cas de différence entre les deux rédactions, et le testateur à qui il est donné lecture ne s'apercevra pas toujours de son inexactitude.

Il semble nécessaire que le notaire comprenne l'idiome employé par le testateur. Voyez cependant Saint Louis (Sénégal), 26 juill. 1876, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 201, note 1.

3° Qualités requises chez les témoins.

2709. Texte du Code. — D'après l'ancien art. 980, les témoins appelés pour être présents à un testament authentique, devaient être « mâles, majeurs, sujets du Roi, jouissant des droits civils ». La loi du 7 décembre 1897 a modifié ce texte. La condition du sexe masculin a disparu ; les femmes peuvent être témoins dans les testaments aussi bien que les hommes. Toutefois le mari et la femme ne peuvent être témoins ensemble dans le même testament (comp. t. I, nos 466 et 517, et t. II, no 145).

« Sujets du Roi » signifiait « Français », ainsi que le dit le texte actuel. L'ordonnance de 1735 disait « regnicoles ». Les étrangers sont donc exclus de la confection du testament, et leur exclusion est absolue, même s'ils ont été admis à établir leur domicile en France.

La *majorité* est toujours requise. Il en est de même de la jouissance des droits civils, bien que la loi n'en fasse plus mention. Sa nécessité résulte d'autres textes (art. 34-3° et 42-7° C. pén.).

2710. Comparaison avec la loi de ventôse. — Cette loi (art. 9) exige de plus que les témoins dans les actes notariés aient : 1° *la qualité de citoyen*, 2° *leur domicile dans la commune*. La première condition exclut les faillis et les domestiques à gages ; la seconde risque d'exclure diverses personnes qu'on a peut-être sous la main et qui sont en elles-mêmes parfaitement capables. Nécessaires de droit commun, ces conditions ne le sont pas pour les testaments : la loi a voulu faciliter la rédaction d'un acte aussi important dans un moment où on peut craindre la mort du malade.

2711. Exclusions spéciales. — Outre les conditions générales requises des témoins, il y a certaines raisons qui peuvent faire exclure une personne déterminée. Ainsi d'après l'art. 975 ne peuvent être témoins :

1° *Les légataires*, quelle que soit la valeur de leur legs et à quelque titre qu'il leur soit adressé (Montpellier, 10 déc. 1883, D. 85. 1. 406, S. 88. 1. 119). — Cette exclusion ne s'étend pas aux *exécuteurs testamentaires*.

2° *Les parents ou alliés des légataires* jusqu'au 4e degré inclusivement. On applique cette exclusion au *conjoint*, bien qu'il ne soit, à proprement parler, ni un allié ni un parent.

3° *Les clercs des notaires* qui reçoivent le testament.

L'art. 975 n'exclut ni les parents et serviteurs du testateur, ni les parents et serviteurs du notaire, qui d'ordinaire ne peuvent servir de témoins (L. 25 ventôse an XI, art. 10).

2712. Conditions naturelles. — Enfin il y a d'autres conditions dont la loi n'a pas parlé, mais qui n'en sont pas moins nécessaires. Ainsi les aveugles, les sourds, les idiots ne peuvent être témoins dans un testament. Il faut de plus que le témoin comprenne la langue dans laquelle le testament est *dicté* par le testateur (Rennes, 8 janv. 1884, D. 85. 2. 96, S. 85. 1. 214). Voyez cependant Aubry et Rau, t. VII, § 670, note 7, et les arrêts qu'ils indiquent.

4° Responsabilité du notaire.

2712 *bis*. Sévérité de la loi. — Notre testament authentique est exposé à un si grand nombre de causes de nullité, et qui entraînent presque toujours la responsabilité du notaire, que la rédaction de cette sorte d'actes est une des charges les plus lourdes du

notariat. A Paris et dans beaucoup d'autres villes, un bon nombre de notaires refusent, autant qu'ils le peuvent, de prêter leur ministère pour les testaments authentiques, et se contentent d'envoyer un projet que le testateur s'approprie en le transformant en testament olographe. Voyez sur cette situation, Pierre Vincent, *De la responsabilité des notaires en matière de testaments*, thèse, Paris, 1905. Voyez aussi Cass., 6 juin 1901, D. 1901. 1. 355, S. 1902. 1. 329.

D. — Testament mystique.

1° Notion générale.

* **2713. Ses avantages.** — *Mystique* veut dire *secret*. Cette forme de tester a en effet pour avantage de permettre à quelqu'un qui sait lire, mais qui ne sait pas ou qui ne peut pas écrire, de faire son testament avec plus de secret que n'en comporte la forme authentique. Il n'a pas besoin de mettre autant de personnes au courant de ses dispositions de dernière volonté. Son inconvénient est d'exiger un assez grand nombre de formalités. C'est la forme la moins usitée des trois.

2° Formes.

2714. Rédaction. — Le testament mystique peut être écrit par une personne quelconque, le testateur lui-même, le notaire, un ami, même un légataire (art. 976), et cela hors la présence de tout témoin. Il n'y a de témoins que pour sa présentation au notaire et sa mise sous scellé.

2715. Signature. — Le testateur doit en principe signer lui-même ses dispositions ; s'il ne sait ou ne peut signer, on appelle chez le notaire un témoin supplémentaire et on mentionne la cause pour laquelle ce témoin a été appelé (art. 977).

Il n'est pas nécessaire que le testament mystique soit daté.

2716. Clôture. — Le papier ou l'enveloppe qui le contient doit être *clos* et *scellé*, c'est-à-dire que la feuille ou l'enveloppe sera fermée avec de la *cire* et que cette cire portera l'empreinte d'un cachet. La loi n'exige pas que ce cachet soit celui du testateur (art. 976). Sur la manière de sceller un testament mystique, voyez Nîmes, 12 juin 1911, P. et S. 1912. 2. 70.

2717. Présentation au notaire. — Le testateur doit présenter à un notaire son testament ainsi clos et scellé, ou le faire clore et sceller en sa présence, et déclarer, comme le veut l'art. 976, que ce papier est son testament écrit et signé de lui ou écrit par un autre et signé par lui. — Cette présentation ne peut être faite que par le testateur lui-même ; un intermédiaire serait dangereux : il y a lieu de redouter surtout la substitution d'un papier à un autre.

2718. Procès-verbal de suscription. — Le notaire doit dresser un procès-verbal constatant la remise du papier clos et scellé, ou sa clôture en sa présence, ainsi que la déclaration faite par le testateur. Ce procès-verbal s'appelle « acte de suscription », parce qu'il est écrit sur le dos de l'acte fermé ou sur l'enveloppe. Il est écrit, signé et daté par le notaire ; puis signé par le testateur et les témoins qui doivent être au nombre de six (art. 976), plus un septième témoin appelé dans le cas indiqué au n° 2715. Mais si la cause qui empêche le testateur de signer est survenue seulement depuis la rédaction du testament, il est inutile d'appeler ce septième témoin.

2719. Condition de validité. — Toutes ces formalités doivent être remplies « de suite et sans divertir à d'autres actes » (art. 976). Cette condition est exigée pour éviter qu'il y ait quelque erreur matérielle ou quelque substitution de pièce au vrai testament.

Le tout est requis à peine de nullité. Cependant si le testament était écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il pourrait encore valoir comme testament olographe.

2720. Conservation du testament. — Il n'est pas dit que le notaire doive conserver le testament parmi ses minutes, et l'art. 1007 suppose qu'il n'est pas nécessairement entre ses mains, puisque le président du tribunal désigne le notaire qui sera chargé

de sa conservation. Aussi admet-on que le pli scellé qui le contient peut être remis au testateur aussitôt après l'accomplissement des formalités prescrites, ou plus tard à une époque quelconque (Paris, 10 juin 1848, D. 48. 2. 143, S. 48. 2. 356).

2721. Capacité requise. — Ceux qui ne savent pas ou qui ne peuvent pas lire ne peuvent pas tester en la forme mystique (art. 978). Ceci tient à ce que le testateur doit pouvoir vérifier par lui-même si l'écrit qu'il présente est réellement son testament, et si son contenu est bien l'expression de ses volontés.

Par suite, un aveugle ne peut pas faire de testament mystique ; la seule façon de tester qui lui soit ouverte est la forme authentique.

Quant au *muet*, la loi lui permet de tester dans la forme mystique, à la condition qu'il sache écrire ; pour les formalités à observer dans ce cas, voyez l'art. 979. La loi exige que le testament soit *entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur*, ce qui paraît bien peu utile.

3° Témoins.

2722. Conditions requises. — Les témoins d'un testament mystique doivent en principe remplir les mêmes conditions que ceux du testament authentique. Toutefois, pour donner satisfaction à une observation de Treilhard, on a scindé en deux le texte primitif, de façon que les dispositions de l'art. 975 ne fussent pas applicables aux testaments mystiques. Sur les conditions exigées par ce texte voyez ci-dessus, n° 2711. En effet le contenu du testament étant secret, le notaire ne saurait qui choisir : il aurait toujours à craindre de tomber sur un légataire, ou sur un parent ou allié d'un légataire.

4° Ouverture du testament.

2723. Formalités. — Le testament mystique est soumis pour son ouverture et son exécution aux mêmes formalités que le testament olographe : il doit être, comme celui-ci, présenté au président du tribunal. L'art. 1007 est commun aux deux formes de testament. Toutefois la loi renchérit encore sur la solennité de cette ouverture si le testament est mystique : elle veut que la formalité se passe en présence des notaires (lisez : *du notaire*, car il n'y en a qu'un seul) et des témoins signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux dûment appelés (art. 1007).

5° Force probante.

2724. Distinction. — Il y a dans le testament mystique deux actes : l'un, le testament lui-même, est un acte privé, dont l'écriture et la signature pourront être méconnues dans les termes du droit commun, et cette méconnaissance oblige les légataires à fournir la preuve de sa sincérité. L'autre, le procès-verbal de suscription, est seul un acte authentique et fait foi jusqu'à inscription de faux. Cette distinction, admise par la plupart des auteurs, semble en contradiction avec l'organisation même de ce mode de tester : à quoi sert-il de faire déclarer par le testateur; *en présence d'un notaire*, que l'acte est son testament, s'il suffit ensuite d'une dénégation pour faire tomber la forte présomption de vérité qui s'attache à l'emploi d'une pareille forme ?

§ 2. — *Formes exceptionnelles de testaments.*

A. — Testaments privilégiés.

2725. Énumération. — Ces testaments, dits *privilégiés*, parce que la loi les dispense des formes ordinaires, sont :

1° *Le testament militaire* (art. 981 à 984), qui ne peut être fait que par les militaires et marins, ou par les personnes employées à la suite des armées, et seulement *hors de France*, dans les conditions prévues par l'art. 93, ou en France en cas de mobilisation ou de siège. Les articles qui le concernent ont été remaniés par la loi du 8 juin 1893. —

Le testament militaire n'est que *provisoire* : il devient nul six mois après que le testateur est venu dans un lieu où il a la liberté d'employer les formes ordinaires.

2° *Le testament fait en temps de peste* (art. 985 à 987).

3° *Le testament fait au cours d'un voyage maritime* (art. 988 à 996, remaniés également par la loi du 8 juin 1893).

B. — Testament fait à l'étranger.

2726. Variété de ses formes. — L'art. 999 permet au Français qui se trouve à l'étranger d'employer trois formes différentes pour faire son testament :

1° *La forme olographe.* — Elle est à sa disposition même quand le pays où il se trouve ne la connaît pas.

2° *La forme locale.* — Application de la règle « Locus regit actum ». La loi prévoit que cette forme sera « authentique ». Ce sera le cas le plus fréquent. Cependant il y a dans certains pays, en Angleterre notamment, des façons de tester qui ne sont pas authentiques, au sens que nous donnons à ce mot, et qui néanmoins ne répondent exactement ni à notre testament olographe, ni à notre testament mystique.

3° *La forme authentique française devant nos consuls ou nos agents diplomatiques.* — Le Code n'a pas donné à ces agents le pouvoir de recevoir le testament ; ils le tiennent de l'ordonnance de 1681 sur la marine, qui n'a pas été abrogée à cet égard, les lois modernes n'ayant pas réglé à nouveau les attributions de nos consuls. Il a fallu, au contraire, que le Code leur attribuât expressément qualité pour recevoir les actes de l'état civil, parce que, sous l'ancienne monarchie, cette attribution appartenait au clergé. La forme à employer est celle du Code civil (Weiss, *Traité théorique et pratique*, t. IV, p. 629 et suiv.).

Section II. — Des dispositions testamentaires.

§ 1. — *Notions historiques.*

*** 2727. Pays de droit écrit.** — On y avait conservé les principes romains ; on y employait deux sortes de dispositions : l'*institution d'héritier* et le *legs* [1]. L'héritier institué était un successeur universel que l'on considérait comme continuant la personne du défunt et qui était tenu de payer indéfiniment toutes les dettes, s'il n'acceptait pas sous bénéfice d'inventaire. Le légataire était un ayant cause particulier, non grevé du passif.

Tout testament devait renfermer une institution d'héritier, cette disposition étant, comme en droit romain, « caput et fundamentum totius testamenti » ; mais on avait souvent recours à un autre moyen pour exprimer ses dernières volontés : c'était l'emploi des *codicilles*, qui étaient soumis à des formes plus simples et qui n'avaient pas besoin de contenir une institution d'héritier [2].

2728. Pays de coutume. — L'institution d'héritier n'était pas admise, et même dans quelques coutumes son insertion dans le testament le rendait nul. Quand elle n'avait

[1] La forme moderne « legs » est une faute d'orthographe consacrée par l'usage et dont l'introduction dans la langue est récente. La forme ancienne était *lays* ou *lais*, du verbe *laisser*. Ce verbe s'écrivant aussi *lesser*, on eut les formes *leys*, *lez*, *leez*, etc. Le *g* s'est introduit tardivement par imitation du latin « legatum », qui avait donné « lègat » dans notre ancienne langue. Littré s'est entièrement trompé sur l'étymologie de « legs ». Son erreur a été rectifiée par Godefroy, *Dictionnaire de l'ancienne langue française*, v° Lais.

[2] De là l'usage de la *clause codicillaire*, par laquelle le testateur, prévoyant le cas où son testament serait déclaré nul comme tel, déclarait qu'il devrait valoir au moins comme codicille. L'ordonnance de 1735 en avait conservé l'usage ; elle est devenue inutile sous le Code civil, qui ne distingue plus le testament proprement dit du codicille.

pas cet effet, elle ne valait qu'à titre de legs, et ne donnait pas à celui qui en bénéficiait la qualité d'héritier ; on avait fait un adage de cette phrase de GLANVILLE : « Solus Deus heredem facere potest, non homo » (Lib. VII, cap. 1). L'héritier était le parent, né du même sang que le défunt. Comp. LOYSEL : « Institution d'héritier n'a point de lieu » (*Institutes coutumières*, n° 309). L'idée était très vieille. On la trouve déjà dans une épître de Symmaque à Ausone : « Gignuntur, non scribuntur heredes » (Lib. I, epist. 15). Voyez les art. 299 de la coutume de Paris, et 272-273 de la coutume de Poitou, qui fixent le sens de cette règle en disant :

1° Que l'institution d'héritier n'est pas nécessaire pour la validité du testament ;

2° Qu'elle vaut néanmoins jusqu'à concurrence de la quotité disponible (Paris) ;

3° Qu'on ne peut par aucun moyen donner la qualité d'héritier à un étranger au préjudice des vrais héritiers (Poitou).

En conséquence, l'héritier institué *par testament* n'était pas un *continuateur de la personne* ; il n'était *tenu des dettes* que jusqu'à concurrence des forces de la succession ; il n'avait jamais la *saisine*. On dit qu'il en était autrement de l'héritier institué par *contrat de mariage* (ci-dessous, n° 3184).

***2729. Système du Code.** — En présence d'une opposition aussi tranchée entre le Nord et le Midi, quelle a été la doctrine adoptée par le Code ? Il n'a pas respecté la division géographique antérieure ; il a établi l'unité de législation : nous voyons dans les art. 967 et 1002 que, sous quelque nom que la disposition ait été faite, institution d'héritier ou legs, elle produira les mêmes effets, il y a donc *assimilation* de deux choses jusque-là distinctes, de l'institution et du legs. Que le testateur ait dit « j'institue Paul mon héritier » ou « je le fais mon légataire universel » ; qu'il ait dit « je le fais mon héritier pour tel bien » ou « je lui lègue tel bien », ce sera la même chose. Mais quels seront les effets de cette institution ou de ce legs ? Ni l'un ni l'autre de ces articles ne nous le dit, et ce n'était pas leur but. Aussi est-ce une erreur qu'on a souvent commise de vouloir chercher dans l'art. 1002 la solution de la question de savoir si le légataire universel est un héritier institué. Cette question sera examinée plus loin (ci-dessous, n° 2766).

§ 2. — *Règles générales.*

A. — Classification des legs.

****2730. Distinction des legs.** — Les dispositions testamentaires sont de trois sortes : 1° les *legs universels* ; 2° les *legs à titre universel* ; 3° les *legs à titre particulier* (art. 1002).

La distinction des premiers et des seconds est une innovation du Code Napoléon : jusqu'à lui ils étaient confondus en une seule classe et on employait les deux dénominations comme synonymes. — Toute disposition de biens, faite par testament, rentre nécessairement dans l'une ou l'autre de ces catégories

B. — Transmission de la propriété par l'effet des legs.

*2731. **Acceptation et répudiation.** — Le Code n'a établi aucune règle particulière ni sur la manière d'accepter les legs, ni sur la manière de les répudier. On a très exactement conclu de son silence que les règles relatives à l'acceptation et à la répudiation des successions ne s'appliquent pas aux legs en ce qu'elles ont de contraire au droit commun.

Ainsi l'acceptation peut être expresse ou tacite (Cass., 28 mai 1894, D. 96. 1. 86; Cass., 17 déc. 1894, D. 95. 1. 228, S. 95. 1. 220). Si elle est *expresse*, elle n'a pas besoin d'être contenue « dans un acte authentique ou privé » comme celle de l'héritier (art. 778). D'autre part, la *renonciation* n'a pas besoin d'être faite au greffe comme le veut 'art. 784 pour les successions: elle peut être *tacite* et s'induire d'un acte quelconque (Nancy, 1er févr. 1884, D. 85. 2. 180; S. 86. 2. 136; Toulouse, 27 fév. 1893, D. 93. 2. 374, S. 94. 2. 89; Rouen, 23 févr. 1901, *Recueil de Rouen*, 1902. 29; Cass., 3 déc. 1900, S. 1904. 1. 10). Cependant la jurisprudence n'est pas fixe. Voyez en sens contraire Besançon, 25 mars 1891, D. 92. 2. 115, S. 91. 2. 99. Comp. Poitiers, 17 févr. 1890. D. 92. 2. 116. Ce dernier arrêt distingue et n'applique l'art. 784 qu'au légataire universel pourvu de la saisine.

La décision des juges du fond est souveraine pour reconnaître l'existence des faits qui valent acceptation tacite (Cass,, 11 août 1874, D. 77. 5. 276, S. 74. 1. 473).

2732. **Moment de l'acquisition du legs. — Tout legs *pur et simple* donne au légataire la propriété des biens légués *dès le jour du décès du testateur*. Cette règle est générale bien que le Code civil ne l'ait formulée que d'une manière incidente, à propos des legs particuliers (art. 1014); mais il n'y a aucun doute sur son application aux deux autres catégories de legs. Voyez les art. 1005 et 1006.

Il en est de même au cas où le legs est *suspendu par un terme*, ou s'il est *affecté d'une condition résolutoire*.

Mais, s'il est subordonné à une *condition suspensive*, le droit au legs n'est acquis au légataire que *du jour de la réalisation de la condition* (art. 1040). — Rappelons à ce sujet que dans les testaments le terme incertain est assimilé à la condition: « In testamento dies incertus conditionem facit » (*Dig.*, lix. XXXV, tit. 1, fr. 75).

2733. Conséquences. — Ces diverses règles conduisent aux conséquences suivantes:

1° En principe, le droit du légataire est *transmissible à ses héritiers*, par cela seul qu'il a survécu au testateur: son droit s'est *ouvert* en sa personne et passe à ses propres successeurs avec ses autres biens, alors même qu'il serait mort avant d'avoir accepté. Cette transmissibilité du droit du légataire est indiquée dans l'art. 1014.

2° Par exception, si le legs est suspendu par une condition ou par un terme incertain, *son droit ne devient transmissible qu'autant qu'il a vécu jusqu'au jour de la réalisation de la condition ou de l'arrivée du terme*: s'il est mort avant cette époque, son legs est devenu *caduc* (ci-dessous, n° 2847); s'il vit encore, la propriété lui est acquise et avec effet rétroactif à compter de l'ouverture de la succession.

2734. Effet du recel. — L'art. 792, qui punit l'héritier coupable de recel ou de divertissement, en le privant de sa part dans les objets recelés et en le déclarant héritier pur et simple, est spécial aux successeurs universels. En conséquence, il s'applique aux légataires universels, qui remplacent les héritiers, mais non aux légataires particuliers.

2735. De la délivrance des legs. — La délivrance d'un legs est la simple tradition des choses léguées ; elle peut se faire sous la forme d'une remise matérielle de ces choses, ou plus simplement au moyen d'une autorisation de se mettre en possession. Elle n'a aucun rôle à jouer dans la transmission de la propriété, qui se fait de plein droit, au jour du décès, en vertu du testament. Mais elle produit un double effet important :

1° *Elle confère la saisine au légataire* qui en est dépourvu et lui permet d'exercer les actions relatives aux choses comprises dans son legs et d'y défendre ;

2° *Elle implique ratification du legs* par celui qui était tenu de l'exécuter, et vaut renonciation tacite aux actions qui auraient pu servir à l'attaquer, à la condition que l'héritier saisi eût à ce moment connaissance de la cause de nullité, condition qui n'est que l'application du droit commun (art. 1338).

A défaut d'une délivrance *consentie à l'amiable*, le légataire aurait le droit de *réclamer en justice* la délivrance de son legs. La compétence à cet égard est réglée d'après le lieu d'ouverture de la succession (art. 59, al. 6-3°, C. proc. civ.).

2736 Frais de la demande en délivrance. — L'art. 1016 met ces frais à la charge de la succession, par application d'une règle générale qui veut que les frais du paiement soient à la charge du débiteur (art. 1248). Il y a cependant une limite : ces frais ne peuvent être supportés par les réservataires sur leur réserve légale, car ils sont la conséquence et l'accessoire de libéralités contre lesquelles la réserve est absolument protégée.

2737. Frais d'enregistrement. — Ces frais constituent une dette personnelle aux légataires ; c'est la condition de l'acquisition dont ils profitent : c'est donc à eux de les payer (art. 1016). Pour plus de facilité, la loi permet aux légataires particuliers de faire enregistrer le testament uniquement pour le legs qui leur a été fait (même article) ; ils sont ainsi dispensés de faire l'avance des frais pour l'enregistrement du testament entier. La plupart des auteurs refusent cette faveur aux légataires universels ou à titre universel : ils acquittent tous les droits dus sur l'ensemble des libéralités, sauf leur recours contre les légataires particuliers (Huc, t. VI, n° 341). Cette opinion semble contraire aux solutions admises par l'administration de l'enregistrement (Dalloz, *Suppl.*, v° Enregistrement, n°s 2224 à 2226).

C. — De la désignation du légataire.

1° — Des désignations douteuses.

2738. Désignation insuffisante. — Un grand nombre de difficultés s'élèvent dans la pratique parce que les testateurs ne prennent pas la peine d'indiquer clairement la personne qu'ils gratifient. Très souvent les légataires sont désignés par leur qualité, ou leur degré de parenté avec le testateur : celui-ci institue ses *enfants* ou ses *neveux*. Les juges sont alors chargés d'interpréter la volonté du défunt (Cass., 10 déc. 1906, S. 1907. 1. 223). Il y a cependant quelques règles à suivre :

1° Le mot « enfant » comprend même les *petits-enfants*, nés d'un enfant prédécédé, ce qui introduit la représentation dans les successions testamentaires, comme dans les successions ab intestat (Poitiers, 10 août 1858, D. 59. 2. 108, S. 58. 2. 616).

2° Le mot « enfants » ne comprend pas les enfants naturels (Besançon, 7 févr. 1846, D. 47. 2. 106).

3° L'expression masculine « fils, neveux, cousins, etc. » comprend même les parents

du même degré du sexe féminin ; mais l'expression féminine « filles, nièces, cousines, etc. » ne s'étend pas au sexe masculin ; le tout sauf manifestation de volonté contraire (Bordeaux, 14 juin 1859, D. 59. 2. 201, S. 60. 2. 321). Ces règles, qui ont été suivies de tout temps, sont empruntées au droit romain (*Dig.*, *De legatis*, III, fr. 62 ; *De legatis*, II, fr. 45.).

Autre exemple de désignation vague, dont le sens a été précisé à l'aide des circonstances, Grenoble, 23 févr. 1897, D. 98. 2. 365. Voyez aussi ci-dessous, n° 2928-2°, ce qui est dit des *personnes incertaines*, spécialement aux notes, pour les legs faits *à la famille* du testateur ou d'un tiers.

2739. Désignation indirecte. — Il n'est pas nécessaire que le testateur désigne nommément la personne qu'il institue. Il suffit qu'il donne un moyen précis de la reconnaître. Ainsi un legs fait « aux treize villes de France qui ont le plus d'ouvriers pauvres » a été reconnu valable parce que les statistiques administratives permettent de les trouver (Amiens, 26 févr. 1879, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 217, note 1, S. 81, 2. 138). Comparez ce qui est dit des personnes incertaines, ci-dessous, n°s 2924 et suiv.

2740. Désignation inexacte. — Il arrive parfois, quand le legs est adressé à des *établissements publics*, que le testateur se trompe et en désigne un qui est incompétent pour recueillir le legs et s'occuper de la libéralité qu'on a voulu lui confier. S'il n'apparaît pas que le choix de cet établissement a été la cause déterminante du legs, on rectifie la désignation inexacte faite par le testateur, et le legs est recueilli par l'établissement dans les attributions duquel il rentre le mieux (Amiens, 26 déc. 1894, D. 96, 2. 75, S. 97. 2. 197 et les renvois ; Cass., 6 août 1895, D. 96. 1. 322 ; Orléans, 4 août 1900, S. 1904. 2. 129 ; Lyon, 16 déc. 1901, S. 1901. 1. 271 ; Cass., 26 févr. 1906, D. 1907. 1. 430, S. 1906. 1. 445). Cette jurisprudence est approuvée par M. Béquet (*Revue générale d'administration*, 1882, I, p. 136) et combattue par M. Tissier (*Dons et legs*, n° 240)[1].

2° De la faculté d'élire.

* **2741. Définition.** — On appelle « faculté d'élire » le droit accordé par le testateur à un tiers de désigner le bénéficiaire du legs. Voyez les thèses de MM. Dubarle et Vivès, Paris, 1908.

2742. Son ancienne fréquence. — Très usitée dans notre ancien droit, cette clause était généralement valable, tout au moins lorsque le légataire à élire devait être pris dans un groupe de personnes déterminées, lorsqu'il était selon la formule romaine, *incertus ex certis personis*. On annulait ces libéralités, lorsque le genre de personnes designé par le testateur se trouvait en comprendre un trop grand nombre (arrêt du Parlement de Toulouse, du 27 mai 1663, dans Boniface, t. II, p. 37).

2743. Restriction sous la Révolution. — Les lois du 17 nivôse an II (art. 23) et du 9 fructidor an II (art. 3) restreignirent l'usage de cette clause, en la prohibant dans le cas particulier où la faculté d'élire était conférée par le testateur à son conjoint survivant ; on voulait retirer à celui-ci un pouvoir exceptionnel sur les enfants. Cette prohibition spéciale impliquait le maintien du droit antérieur dans tous les autres cas.

2744. Jurisprudence moderne. — Les tribunaux considèrent les lois de l'an II

[1] L'origine de cette jurisprudence paraît être la pratique administrative relative aux libéralités adressées aux pauvres : quand ces libéralités sont faites sans désignation d'aucun établissement public pour représenter les pauvres, elles sont réparties selon leur objet entre le maire, représentant la commune, et le bureau de bienfaisance quand il en existe un. Voyez à cet égard D. 95. 2. 236, note 3. Ayant ainsi pris l'habitude de choisir entre deux établissements publics pour *suppléer* à l'absence de toute désignation, on arriva facilement à *rectifier* une désignation inexacte. — On peut aussi considérer, comme servant de transition, un arrêt de 1891 qui a décidé qu'un legs devait être recueilli par la commune, quand l'établissement gratifié était un hospice encore à l'état de projet et incapable de recevoir directement (Cass., 8 avril 1891, D. 92. 1. 390, S. 92. 1. 516). Comparez Planiol, note D. 95. 1. 217, col. 2.

comme étant encore en vigueur, et même ils en généralisent la solution. Plusieurs arrêts ont déclaré nulles des dispositions testamentaires par lesquelles le testateur chargeait un tiers de désigner le bénéficiaire du legs au lieu de le désigner lui-même. Ainsi a été déclaré nul un legs universel fait à deux orphelins, un enfant et une fille, de 10 à 12 ans, enfants naturels, pris dans l'hospice du département, au choix de la supérieure de l'établissement (Cass., 12 août 1863, D. 63. 1. 357, S. 63. 1. 446). Même décision pour des sommes léguées au curé de la paroisse à la condition de les employer *en bonnes œuvres* (Dijon, 1er juin 1883, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 220, note 1. S. 85. 2, 175). Comp. Liége, 14 mai 1873, D. 74. 2. 36; Douai, 1er mai 1894, D. 95. 2. 249, avec une note de M. Beudant, S. 95. 2. 1.

La doctrine se prononce en général dans le même sens; il lui semble que le legs est une façon de *disposer*, qui implique que l'attribution de la libéralité est faite *par le testateur lui-même* (arg. art. 895). Elle ajoute que la disposition avec faculté d'élire, qui donnait lieu à de nombreux procès sous l'ancien droit, a été proscrite par le Code par cela seul qu'il ne l'a pas autorisée (Demolombe, t. XVIII, n° 619; Aubry et Rau, t. VII, § 655 et 656, note 2, et les auteurs qu'ils citent). Voyez cependant Troplong, t. I, n° 154; t. II, n° 548.

2745. Critique. — La jurisprudence est ici en contradiction avec elle-même : il est unanimement admis qu'une *charge* peut être imposée à un legs ou à une donation, dans des conditions telles que les personnes appelées à en bénéficier seront choisies par le légataire ou le donataire, dans des catégories déterminées par le disposant et sous des conditions précisées par lui (ci-dessous, n° 3016). C'est là-dessus que repose tout le système des *fondations*, telles qu'elles fonctionnent en droit français. Il est également admis que cette charge peut être telle que son exécution absorbera les *revenus entiers* des biens donnés ou légués, sans que la personne qui en a la charge puisse en retirer aucun profit personnel (ci dessous, n° 3018-2°). D'autre part les legs aux pauvres, les distributions d'aumônes à faire par le légataire sont permis (ci-dessous, nos 2992 et 2997).

Dès lors quel intérêt y a-t-il à annuler ce même choix lorsqu'il est accordé à un tiers pour la désignation du bénéficiaire de la libéralité? On n'en voit aucun. C'est donner aux mots une importance qu'ils n'ont pas et qu'ils ne devraient pas avoir que d'annuler l'attribution d'un *legs* à un *légataire* désigné *par un tiers*, quand on valide la *charge* dont le bénéficiaire est désigné par un *pseudo-légataire* qui ne retire aucun profit personnel du prétendu *legs* qui lui est fait et n'a du légataire que le nom. Le testateur sera donc victime des expressions qu'il aura choisies? C'est en revenir au formalisme des législations primitives.

D'ailleurs la jurisprudence elle-même ne s'est pas toujours montrée si rigoureuse, et parfois elle a validé des legs faits ouvertement avec faculté d'élire (Metz, 13 mai 1864, D. 64. 2. 169, S. 64. 2. 132. — Comp. Caen. 9 juill. 1894, D. 95. 2. 236, S. 96. 2. 281).

La seule chose que l'on devrait admettre, c'est que le legs serait nul comme fait à une personne indéterminée, lorsque le testateur n'aura même pas précisé la catégorie de personnes entre lesquelles devra s'exercer le choix qu'il laisse à l'intermédiaire pris par lui [1]. La charge imposée au profit d'une personne quelconque, *cui heres voluerit*, serait donc nulle. Mais quand la catégorie dans laquelle le bénéficiaire devra être choisi est déterminée par le disposant, il semble qu'on devrait valider ces dispositions, comme le faisait notre ancienne jurisprudence pour les « personæ incertæ ex certis personis », et comme notre jurisprudence le fait elle-même en matière de fondations et de distributions d'aumônes. Voyez aussi sur ces questions la note de M. Wahl, dans *Sirey*, 96. 2 281. Comparez ci-dessous, n° 3016.

[1] En 1894, Jules Simon reçut d'une dame Cornil un legs de 100 000 francs, à la charge de le distribuer aux œuvres jugées par lui les plus utiles. Le legs fut exécuté sans délai et Jules Simon fit connaître l'emploi qu'il avait fait de l'argent (Journal *Le Temps*, 9 février 1894).

D. — Des exhérédations[1].

***2746. Exhérédation d'un ou de plusieurs parents.** — La disposition testamentaire n'a pas toujours besoin d'être faite *sous une forme positive* par voie d'attribution de biens au profit d'une personne déterminée. Elle peut résulter indirectement de l'*exhérédation* de certains héritiers appelés en première ligne. Comme la jurisprudence moderne admet que la succession ab intestat est dévolue par la loi *suivant l'intention présumée du défunt,* il est logique que l'exclusion des uns vaille *institution implicite* pour ceux qui viennent à leur défaut. C'est ce qu'exprime la formule : « Exclure, c'est disposer », qu'on trouve dans beaucoup d'arrêts (Cass., 7 juin 1832, D. 32. 1. 278, S. 32. 1. 542 ; Cass., 10 févr. 1869, D. 69. 1. 175, S. 69. 1. 153).

***2746** *bis.* **Exhérédation générale.** — Quand le testateur a exhérédé d'une manière générale tous ses héritiers, deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Il n'y a aucune disposition de la propriété des biens. — En ce cas les biens dépendant de la succession sont à considérer comme *biens vacants et sans maître* et doivent comme tels être *attribués à l'État* en vertu de l'art. 768 (Paris, 13 déc. 1901, D. 1902. 2. 177, S. 1902. 2. 37)[2]. — Ceci suppose que le défunt a entendu exclure d'une manière générale tous ceux qui étaient appelés à lui succéder *à un titre quelconque* : si l'exclusion pouvait s'interpréter comme frappant seulement les parents légitimes, elle profiterait aux enfants naturels, s'il y en a ; si elle frappe tous les parents en général, elle pourrait encore profiter au conjoint survivant, conformément à ce qui est dit au n° précédent.

2° Il y a eu institution d'un légataire universel. — Ce legs étant devenu caduc, il s'agit de savoir à qui la succession doit revenir, aux héritiers du sang ou à l'État ? Une pareille affaire dépend avant tout de l'interprétation qu'on donne à la volonté du défunt : a-t-il voulu exclure en toute hypothèse ses héritiers naturels ? a-t-il voulu seulement leur préférer son légataire universel ? Selon la réponse, les biens reviendront aux héritiers du sang ou seront recueillis par l'État (Lyon, 29 juill. 1885, D. 86. 2. 229, S. 87. 2. 101 ; Cass., 10 nov. 1906, D. 1907. 1. 288, S. 1907. 1. 452).

[1] Sur cette matière, voyez Ed. Lambert, *De l'exhérédation et des legs,* Paris, 1895.

[2] Un testament de ce genre, dont la validité avait été admise par le Tribunal de Nantes (13 déc. 1858, D. 63. 1. 441), a cependant été annulé par la Cour de Rennes (27 févr. 1860, D. 60. 2. 160), et le pourvoi a été rejeté (Cass., 17 nov. 1863, D. 63. 1. 441, S. 64. 1. 5). Mais ce fut pour une autre raison : le testateur avait entendu exclure l'État lui-même et faire de sa succession une sorte de fondation permanente, profitant à divers établissements charitables, et gérée à perpétuité par un notaire de son choix et par ses successeurs, qui n'auraient jamais eu le pouvoir d'aliéner. C'est cette mise hors du commerce de biens dont personne ne devait avoir la propriété qui a paru contraire à l'ordre public et qui a fait annuler le testament. Voyez l'exposé détaillé de l'affaire dans Dalloz, *Suppl.*, v° Dispositions entre vifs, n°s 825 à 827.

2747. Emploi de l'exhérédation comme clause pénale. — Un grand nombre de testateurs, voulant empêcher leurs héritiers d'attaquer les dispositions testamentaires prises par eux, déclarent les exclure entièrement de leur succession, ou les réduire à leur réserve légale, pour le cas où ils demanderaient la nullité d'un legs fait à d'autres personnes ou d'une disposition quelconque du testament[1]. En général, cette sorte de clause pénale est nulle comme tendant à priver les héritiers d'un droit qui leur appartient et qui est fondé sur l'ordre public. C'est ce qui arrive quand il existe une nullité pour vice de forme, ou pour captation, ou pour incapacité du légataire ou quand le testateur a porté atteinte à la réserve de l'héritier, ou créé une substitution prohibée (voyez les arrêts cités par AUBRY et RAU, 4e édit., t. VII, § 692, notes 25 à 29; Cass., 22 juill. 1874, D. 75. 1. 453; Paris, 14 nov. 1894, D. 95. 2. 115). Cette clause pénale est, au contraire, valable, si le testament ne contient rien de contraire aux lois ou aux mœurs (Cass., 26 juin 1882, D. 83. 1. 70).

Mais, quand la nullité invoquée est fondée sur une raison d'ordre public, l'héritier encourt néanmoins l'exclusion s'il échoue dans son action, ce qui rend particulièrement périlleuses ces sortes de demandes (Cass., 30 avril 1890, S. 93. 1. 142; Cass., 4 mai 1903, D. 1904. 1. 244, P. et S. 1908. 1. 190).

E. — Interprétation des dispositions testamentaires.

2748. Règles à suivre. — On applique par analogie les règles établies par les art. 1156 et suiv. pour l'interprétation des contrats, la loi n'en ayant point formulé d'autres.

La jurisprudence admet qu'on peut recourir à des circonstances extrinsèques pour interpréter les testaments (Cass., 29 avril 1907, D. 1907. 1. 376), surtout lorsque l'on s'appuie principalement sur les termes mêmes de l'acte (Cass., 8 nov. 1911, P. et S. 1912. 1. 256).

Une seule règle spéciale se lit dans l'art. 1023 : le legs fait à un *créancier* ne sera pas censé fait en compensation de sa créance, ni le legs fait au *domestique* en compensation de ses gages. Par conséquent le cumul a lieu ; le créancier, ou le domestique qui n'est qu'une sorte de créancier, peut réclamer à la fois l'exécution du legs et le paiement de ce qui lui est dû. — Bien entendu, une volonté contraire pourrait être exprimée par le testateur et faire que le legs soit attribué au créancier avec imputation sur sa créance.

2749. Contrôle de la Cour de cassation. — Les juges du fait sont souverains pour interpréter les testaments. Toutefois ce principe n'a plus guère qu'une valeur théorique, parce que la Cour de cassation se réserve le droit de vérifier si leur interprétation n'a pas altéré les *effets légaux* du testament, et elle n'hésiste pas à casser quand les juges lui paraissent avoir modifié le sens des dispositions du défunt (Cass., 20 janv. 1868, D. 68. 1. 12, S. 68. 1. 100, et les renvois ; Cass., 18 nov. 1884, D. 85. 1. 317, S. 85. 1. 125; Cass., 3 janv. 1888, D. 88. 1. 52, S. 88, 1. 70 ; Cass., 7 janv. 1889, D. 89. 1. 11 ; Cass., 1er févr. 1904, D. 1904. 1. 294), et il y a beaucoup d'autres arrêts dans le même sens. D'autre part, quand la Cour de cassation maintient l'interprétation adoptée par les juges du fond, c'est toujours par ce qu'elle reconnaît que cette interprétation n'a

[1] Sur la multiplication des clauses pénales dans les testaments, voyez HÉMARD, *Revue trimestrielle*, 1910. Comp. Cass., 29 juin 1910, P et S. 1913. 1. 33, et la note de M. Hugueney.

pas altéré le sens des termes ni le caractère des dispositions du testament. et elle a soin de le dire (Cass., 28 févr. 1893, D. 93. 1. 414 ; Cass., 29 nov. 1899, D. 1900. 1. 221 ; Cass., 28 janv. 1902, D. 1902. 1. 156). On peut dire que les juges du fonds interprètent souverainement les testaments, à la condition de les entendre de la même façon que la Cour de cassation, et ce contrôle est heureux, parce que le testateur n'est plus là pour défendre son œuvre et expliquer ses intentions.

§ 3. — *Du legs universel.*

A. — Caractères et formes du legs.

** **2750. Définition.** — Le legs universel est *celui qui donne au légataire une vocation éventuelle à la totalité des biens du testateur*. Comp. art. 1003. On lit dans ce texte que le testateur qui fait un legs universel « *donne* l'universalité des biens qu'il laissera à son décès ». Cela ne signifie pas que le légataire ne sera considéré comme légataire universel qu'autant qu'il *recueillera* la totalité des biens, car l'*émolument* du legs peut être *réduit par la présence d'autres ayants droit* : ainsi lorsqu'il y a plusieurs légataires universels, chacun d'eux ne recueille qu'une part ; s'il existe un ou plusieurs héritiers à réserve, le bénéfice du legs universel sera réduit au chiffre de la quotité disponible. Pour reconnaître le caractère universel du legs, il faut considérer non le *bénéfice* recueilli par le légataire, mais bien sa *vocation éventuelle à la totalité des biens*. Le testateur lui a donné le tout ; s'il n'obtient qu'une partie, c'est qu'il est en concours avec d'autres ; mais si ces concurrents faisaient défaut, il recueillerait à lui seul la totalité (Nancy, 9 déc. 1891, D. 92. 2. 270; Cass., 22 janv. 1894, D. 94. 1. 232. Comp. Cass., 12 juill. 1892, D. 92. 1. 451).

* **2751. Legs universel sans émolument.** — Ainsi le légataire universel peut recueillir tous les biens, ou seulement une partie ; il peut même n'en avoir aucun, si tous ont été légués à d'autres à titre particulier. Chargé d'exécuter tous ces legs, le légataire universel ne gardera rien pour lui et se trouvera en fait, mais non en droit, dans la situation d'un exécuteur testamentaire. Un arrêt semble supposer que le legs n'est valable qu'autant que le légataire retire du testament un avantage sérieux (Cass., 18 févr. 1891, D. 91. 1. 305, S. 94. 1. 406) ; un autre a même annulé une institution universelle qui devait laisser un bénéfice de 10 000 francs à l'institué (Cass., 30 nov. 1869, D. 70. 1. 202, S. 70. 1. 119). Cependant dans beaucoup de cas, des legs universels ont été validés sans que le légataire dût rien conserver entre ses mains (Angers, 22 juin 1887, D. 89. 2. 4, S. sous Cass., 90. 1. 241 ; Bordeaux, 13 mai 1895, D. 95. 2. 439 ; Cass. roumaine, 2 mars 1892, D. 93, 2. 4, note *a*). La Cour de cassation a en effet décidé, en propres termes, que « le légataire universel pouvait être soumis à des charges

et recevoir un mandat dont l'exécution absorbera en totalité l'émolument de la disposition faite à son profit » (Cass., 5 juill. 1886, D. 86. 1. 465, S. 90. 1. 241 ; Cass., 6 nov. 1888, D. 89. 2. 4, S. 90. 1. 241). On ne s'y prendrait pas autrement pour définir l'exécuteur testamentaire ; il n'y a, du reste, qu'à se réjouir de cette jurisprudence qui supplée fort à propos dans la pratique à l'emploi insuffisant d'une institution (l'exécution testamentaire) que le Code français a organisée sur des bases trop étroites.

****2752. Répartition de l'hérédité entre colégataires universels.** — Au cas où le testateur a institué plusieurs légataires universels, il a pu les nommer *sans assignation de parts,* en disant : « Je lègue tous mes biens à X... et à Z... » ; il a pu aussi opérer entre eux la distribution de ses biens. Cette espèce de partage n'enlève pas, en principe, à chacun des légataires sa vocation éventuelle au tout, et par conséquent son caractère de légataire universel, même quand les parts ne sont pas égales. Exemple : Cass., 10 juill. 1905, S. 1906. 1. 79. — Cependant elle est dangereuse, car elle pourrait être interprétée comme étant une limitation du droit de chacun qui les transformerait en légataires à titre universel.

Si le testateur n'a fixé aucunes parts, les colégataires universels, qui ont tous des droits égaux, prennent des parts égales. Il en est ainsi alors même que ce sont les héritiers naturels qui sont institués légataires universels et que leurs parts ab intestat seraient inégales (Bordeaux, 14 juin 1859, S. 60. 2. 321 ; Poitiers, 16 août 1883, D. 84. 2. 133). Mais beaucoup de testateurs, en instituant leurs héritiers naturels, manifestent l'intention de ne pas modifier leurs parts légales.

2753. Formules équivalentes à l'institution universelle. — Le testateur n'est pas obligé d'exprimer sa pensée en termes sacramentels ; il peut fort bien n'avoir employé aucune des expressions traditionnelles d'*héritier institué* ou de *légataire universel,* et avoir fait néanmoins une disposition universelle.

Ainsi sont considérés comme legs universels :

1° *Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles* (Cass., 12 juill. 1892, D. 92. 1. 451, S. 92. 1. 573).

2° *Le legs de la nue propriété de tous les biens,* parce que le nu propriétaire est appelé, par son titre même, à recueillir un jour l'usufruit (Riom, 23 déc. 1889, D. 92. 1. 451, S. sous Cass., 92. 1. 573). D'après l'opinion générale il en est autrement du legs de l'usufruit de tous les biens. Voyez ci-dessous, nos 2810-2811.

3° *Le legs de tous les biens disponibles.* Ce legs contient une vocation éventuelle au tout, car il est possible que le testateur ne laisse pas d'héritiers à réserve ; ceux qui existent aujourd'hui peuvent mourir avant lui, auquel cas la quotité disponible est égale à la totalité des biens. — Toutefois il est possible qu'en léguant la quotité disponible, le testateur ait entendu fixer le montant du legs au chiffre qu'avait la quotité disponible au jour où il testait, auquel cas il n'a fait qu'un legs à titre universel. Il y a là une question d'intention que les juges ont à résoudre.

4° *Le legs du restant ou du surplus des biens.* Le résultat est le même que si le testateur, après avoir institué un légataire universel, l'avait chargé de différents legs : tout ce qui ne fait pas l'objet des legs particuliers se trouve nécessairement compris dans le legs général ainsi formulé, et aucun bien ne peut être réclamé par les héritiers ab intestat

(Paris, 9 janv. 1872, D. 72. 2. 202; Orléans, 4 juill. 1885, D. 86. 2. 195; Cass., 12 juill. 1892, D. 92. 1. 451, S. 92. 1. 573; Cass., 17 oct. 1906, D. 1907. 1. 497)[1].

B. — Droits du légataire universel.

1° Entrée en possession.

****2754. Saisine du légataire.** — La prise de possession de l'hérédité par le légataire universel se fait différemment, selon qu'il a ou qu'il n'a pas la saisine.

Cette saisine lui est *accordée lorsqu'il n'existe pas d'héritiers réservataires* (art. 1006); elle lui est au contraire *refusée lorsqu'il existe un ou plusieurs héritiers à réserve* (art. 1004).

Cette double disposition est le résultat d'une transaction entre les partisans des principes romains et les partisans des traditions coutumières. Le projet imposait l'obligation de demander l'envoi en possession à tous les légataires sans distinction. Malleville demanda que le légataire particulier fût seul assujetti à cette formalité, disant que l'héritier testamentaire n'avait besoin que de son titre pour se mettre en possession. La discussion se termina par l'adoption d'une distinction proposée par Cambacérès entre le cas où il y a des réserves et celui où il n'y en a pas (Fenet, t. XII, p. 387 à 397) Le motif qui décida le Conseil d'État à faire cette distinction est la situation privilégiée des héritiers réservataires. Il sembla tout naturel de les traiter mieux que les autres : comme ils sont sûrs d'avoir au moins une part de la succession, ils ont toujours à craindre les détournements et les fraudes que le légataire pourrait commettre contre eux, si on le laissait s'emparer le premier de la succession; tandis que les héritiers ordinaires, entièrement écartés par le testament, n'ont de droit à faire valoir que dans l'hypothèse nécessairement rare où le testament serait annulé.

La saisine du légataire universel est la même que celle des héritiers du sang (ci-dessus, n°s 1938 et suiv.). Elle lui appartient même s'il a négligé de se faire envoyer en possession (Trib. Saint-Gaudens, 13 mars 1912, P. et S. 1912. 2. 228).

2755. Ancienne exception disparue. — Avant 1896, on admettait généralement que si les héritiers réservataires en concours avec le légataire universel étaient des *enfants naturels*, la saisine n'en appartenait pas moins au légataire parce que les enfants naturels ne l'avaient pas. Mais depuis que la loi du 25 mars 1896, modifiant l'art. 724, a attribué la saisine aux héritiers naturels, la solution contraire s'impose, puisque les enfants naturels sont *saisis comme les enfants légitimes.*

Premier cas : *le légataire universel est saisi.*

***2756. Formalité à remplir par le légataire.** — Lorsque le legs est contenu dans un testament *authentique*, aucune précaution n'est prise : le légataire ou héritier institué se met de lui-même en possession comme le ferait un héritier légitime. Le titre qui l'institue a paru offrir assez de garanties pour mériter cette confiance.

Mais si le légataire universel a été institué dans un testament *olographe*

[1] Toutefois le legs du restant des biens pourrait ne constituer qu'un legs à titre universel, si les dispositions qui l'accompagnent avaient elles-mêmes ce caractère. Voyez la note de M. Guénée, D. 1907. 1. 497.

ou *mystique*, on lui impose une formalité particulière : il faut qu'il se fasse *envoyer en possession par le président du tribunal*, au moyen d'une ordonnance rendue sur requête (art. 1008). La compétence du président est déterminée par le lieu d'ouverture de la succession (*ibid.*).

On explique ordinairement cette exigence de la loi en disant que le titre authentique est exécutoire par lui-même, tandis qu'un écrit privé, comme un testament olographe ou mystique, ne l'est pas. Il faut donc que le légataire universel s'adresse à la justice pour obtenir le titre exécutoire qui lui manque et qui seul peut lui permettre d'appréhender les biens de la succession (Cass., 28 mai 1894, D. 95. 1. 86); cela ne l'empêche pas d'avoir la saisine, qui lui est acquise dès le décès. — J'avoue que cette combinaison d'idées est étrange : qu'est-ce que la saisine, sinon un bénéfice légal qui dispense de recourir à la justice pour se faire envoyer en possession? Saisine et envoi en possession sont deux choses inconciliables. La vérité est que les héritiers non réservataires, que le testament a dépouillés, ne sont pas saisis, et que le légataire ne l'est pas davantage, puisqu'il n'a pas le droit caractéristique de la saisine. Quant à expliquer la formalité légale par l'idée de la force exécutoire attachée à l'ordonnance, c'est commettre une confusion, car la prise de possession de l'hérédité est l'exercice d'un droit de *propriété*, qui s'accomplit sans l'intervention des héritiers écartés par le testament, et la force exécutoire ne s'attache qu'aux décisions judiciaires qui condamnent un *débiteur* à faire quelque chose pour un autre.

2757. Caractères de l'ordonnance d'envoi en possession. — L'ordonnance que rend le président en vertu de l'art. 1008 est un acte de *juridiction gracieuse* (t. II, n° 2860-5°). Il en résulte les conséquences suivantes :

1° Le président doit statuer lui-même; il ne peut déléguer à personne le soin de le remplacer, ni renvoyer le légataire universel devant le tribunal, comme il le pourrait s'il s'agissait d'un référé ;

2° Sa décision n'est que provisoire; elle n'empêche nullement les héritiers d'agir en pétition d'hérédité contre le légataire universel ou d'exercer contre lui une action en nullité fondée sur un vice de forme du testament ou sur une incapacité du testateur ou du légataire; il n'y a aucun préjugé contre eux. Toutefois l'envoi en possession du légataire lui donne la qualité de défendeur dans le procès qui s'engage.

3° Malgré ce résultat qui leur est défavorable, aucune voie de recours n'est ouverte aux héritiers contre l'ordonnance. Ils n'ont ni l'opposition (Paris, 15 janv. 1894, D. 94. 2. 160, S. 94. 2. 168), ni l'appel (Paris, 25 mars 1892, D. 94. 2. 245, S. 92. 2. 188; Dijon, 1er juin 1894, D. 94. 2. 360, S. 94. 2. 280).

Cependant la nature vraie de l'ordonnance d'envoi en possession est encore contestée. Quelques arrêts la considèrent comme appartenant à la juridiction contentieuse et comme susceptible par suite d'être attaquée par les voies de recours. Voyez notamment Cass., 3 avril 1895, D. 96. 1. 5, S. 95. 1. 221 ; Pau, 10 juin 1904, S. 1905. 2. 199. Mais voyez la réfutation du système de l'arrêt de 1895 par M. Glasson, dans Dalloz, 96. 1. 5.

2758. Rôle du président. — Le rôle du président lors de la requête qui lui est adressée par le légataire n'a pas été déterminé par la loi. On admet qu'il doit se borner à vérifier les formes extérieures du testament et l'absence d'héritiers à réserve. Il est aussi dans une certaine mesure juge de la sincérité du testament et devrait refuser l'envoi en possession s'il apparaissait quelque raison grave et précise de croire à une irrégularité ou à une fraude. Il a donc un pouvoir discrétionnaire. Mais il ne doit pas s'arrêter devant des allégations vagues et dénuées de preuves, formulées par les héritiers (Nancy, 4 août et 19 déc. 1893, D. 94. 1. 117). Comp. Dijon, 26 juin 1907, P. et S. 1909. 2. 75; Rennes, 9 juill. 1908, P. et S. 1909. 2. 37.

2759. Mesures conservatoires. — Il est admis que des mesures conservatoires (apposition des scellés, inventaire, mise sous séquestre) peuvent être prises dans l'intérêt de celle des deux parties qui n'est pas mise en possession (Nancy, 6 mars 1885, D. 86. 2. 47, S. 86. 2. 117).

Deuxième cas : *le légataire universel n'est pas saisi.*

****2760. Nécessité d'une demande en délivrance.** — Lorsqu'il existe des héritiers réservataires, le légataire universel n'a pas la saisine. On suppose, bien entendu, que ces réservataires ont accepté la succession, sans quoi l'on n'en tiendrait pas compte (art. 785). La saisine appartient aux héritiers à réserve « pour tous les biens de la succession », dit l'art. 1004, c'est-à-dire que l'héritier légitime est *saisi à la fois de sa réserve et de la quotité disponible,* qui appartient au légataire. Celui-ci est tenu de lui demander la délivrance (même art.).

Cette obligation est fondée sur un motif d'ordre public : le respect des droits des parents auxquels la loi accorde une réserve. Par suite, le défunt ne pourrait pas leur enlever partiellement la saisine pour la conférer au légataire pour la part qui lui revient.

***2761. Nécessité d'un partage.** — Par l'effet du concours d'un ou plusieurs réservataires avec l'héritier institué, la succession se trouve dans l'indivision entre eux, et une fois la délivrance du legs consentie, un partage sera nécessaire.

2762. Effet d'une prise de possession irrégulière. — Si le légataire non saisi se mettait en possession sans demander la délivrance, l'héritier saisi ne pourrait l'obliger à la lui demander que pendant trente ans ; au bout de ce temps, le légataire est dispensé de l'obligation que la loi lui imposait, et l'irrégularité de sa situation se trouve couverte. Il n'encourt donc aucune déchéance pour avoir omis cette formalité (Cass., 8 mai 1895, D. 95. 1. 425, S. 96. 1. 385).

2° Droit aux fruits.

***2763. Point de départ.** — Lorsque le légataire universel a la saisine, il a droit à tous les fruits à compter *du jour du décès* : lui seul peut les percevoir.

Il en est encore de même lorsqu'il n'est pas saisi, à cause de la présence d'héritiers réservataires (art. 1004). Toutefois la loi y met une condition : il faut *qu'il forme sa demande en délivrance dans l'année du décès* (art. 1005). Si cette demande est formée *en retard,* c'est-à-dire plus d'un an après l'ouverture de la succession, le légataire n'a droit aux fruits que *du jour de sa demande* (*ibid.*). Les fruits perçus dans l'intervalle entre le décès et la demande restent à l'héritier, qu'il ait connu ou ignoré l'existence du legs ; s'il la connaissait il a pu penser que le légataire, qui gardait le silence pendant plus d'un an, renonçait à son droit.

3° Actions appartenant au légataire universel.

***2764. Énumération.** — Le légataire universel est *loco heredis.* Il possède donc : 1° *la pétition d'hérédité,* contre ceux qui détiennent la suc-

cession *pro herede*; 2° *l'action en partage,* s'il y a indivision entre lui et d'autres ayants droit à titre universel.

Il possède en outre contre les tiers détenteurs ou débiteurs des choses comprises dans la succession, les actions de toute nature que le défunt aurait pu intenter contre eux.

C. — Obligations du légataire universel.

1° Paiement des dettes.

****2765. Portion à la charge du légataire.** — Quand il est seul, le légataire universel paie *toutes les dettes.* S'il y a plusieurs légataires universels, chacun supporte *une part du passif proportionnelle à la part qu'il prend dans l'actif.* Enfin s'il y a un légataire universel unique, en concours avec des héritiers à réserve (seul cas prévu par la loi), le légataire supporte *une part du passif proportionnelle à la quotité disponible,* qui détermine numériquement l'étendue de son droit (art. 1009).

Quand un légataire universel ne doit supporter qu'une part de chaque dette, il peut néanmoins être poursuivi *hypothécairement pour le tout* (art. 1009). C'est l'application du droit commun, et s'il paie la totalité, il a son recours contre qui de droit, d'après les règles ordinaires (ci-dessus, n°s 2094 et suiv.).

****2766. Étendue de l'obligation aux dettes.** — ÉTUDE DOCTRINALE DE LA QUESTION. — Un légataire universel est-il tenu de payer les dettes, à quelque somme qu'elles puissent monter, et au delà même de l'actif qu'il recueille et qui constitue son émolument? C'est la question de l'obligation *ultra vires.*

Cette question était bien simple dans le droit coutumier français : le légataire universel n'était tenu des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels il succédait. « Ces personnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels » (POTHIER, *Successions,* chap. v, art. 3, § 1 *in fine*). Lebrun disait de même que le légataire universel n'était tenu des dettes qu'imparfaitement et jamais indéfiniment au delà des forces de son legs (*Successions,* liv. IV, chap. II, sect. 1, n° 3). Les coutumes ne s'étaient pas expliquées sur ce point. L'art. 334 de la Coutume de Paris (rédaction de 1580) réglait seulement la part contributoire du légataire universel en concours avec d'autres successeurs, sans déterminer l'étendue de son obligation envers les créanciers, en cas d'insolvabilité du défunt[1].

[1] « Et quand ils succedent les uns aux meubles, acquests et conquests, les autres

Le Code civil procède de la même façon que la Coutume de Paris. Il ne contient aucun texte général établissant en principe que tous les successeurs universels d'un défunt sont tenus de ses dettes indéfiniment. Il ne s'est occupé que de régler le partage du passif, au cas de concours entre plusieurs successeurs universels, et il l'a fait en prenant pour base, non pas une division par têtes, mais une répartition des dettes proportionnelle aux parts d'actif; seulement il a dû prévoir le cas où les créanciers, outre leur action personnelle, toujours partageable, seraient munis d'une action hypothécaire, qui est indivisible. Il a donc établi une antithèse entre ces deux actions, et il l'a fait en ces termes pour le légataire universel : « Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges... personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout »[1]. Il est donc permis de croire que les auteurs du Code n'ont pas prévu spécialement la question de l'étendue de l'obligation en cas d'insuffisance de l'actif, et que leur art. 1009 a le même sens que l'art. 334 de la Coutume de Paris : il détermine seulement la base sur laquelle se fait le partage du passif en cas de concours de plusieurs successeurs de qualité différente[2].

Mais ce n'est pas ainsi qu'on interprète en général l'art. 1009. On le rapproche de l'art. 2092, aux termes duquel : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu... sur tous ses biens... présents et à venir. » On donne ainsi à l'adverbe « personnellement », employé dans l'art. 1009, une portée considérable qui tranche la question. On ajoute que l'art. 1009 s'exprime, à propos du légataire universel, exactement de la même façon que l'art. 873 à propos des héritiers légitimes ; or tout le monde voit dans ce dernier texte le principe de l'obligation indéfinie aux dettes qui pèse sur les héritiers ; les deux textes doivent avoir le même sens (Demolombe, t. XV, n°s 116 et 117 ; t. XVII, n° 38). Voyez aussi une dissertation de l'avocat général Nicias Gaillard (*Revue critique,* 1852, t. II, p. 344). C'est, je crois, la solution qu'il convient d'adopter, moins à cause du texte de l'art. 1009, dont le sens est douteux, que pour une raison de fond : le légataire uni-

aux propres, ou qu'ils sont donataires ou legataires universels, ils sont tenus entre eux contribuer au payement des debtes chacun pour telle part et portion qu'ils en amendent. » On avait voulu consacrer par là définitivement la pratique imitée des textes anciens relatifs au légataire partiaire.

[1] Il existe dans le Code civil deux autres textes semblables et qui ont, à mes yeux, le même sens : l'art. 873 pour les héritiers du sang, et l'art. 1012 pour les légataires à titre universel.

[2] Nos anciens auteurs ont été embarrassés pour expliquer l'action introduite en 1580 contre le légataire universel. Loyseau et Ricard déclaraient que les créanciers n'avaient pas contre lui une véritable action personnelle (Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. I, chap. 11 ; Ricard, *Donations,* partie III, chap. 11, n°s 1508 et suiv.). Mais Laurière, plus récent et plus hardi, écrit en 1698 : « Les légataires universels sont *tenus pour héritiers,* et ils contribuent au paiement des dettes, parce qu'ils en sont tenus personnellement pour leur part et portion » (*Coutume de Paris,* sur l'art. 334, t. III, p. 154). Les auteurs du Code connaissaient sans doute ces dissidences et ils ont voulu trancher la question.

versel recueille la succession de la même façon que l'héritier ; il est un successeur *in universum jus* et se trouve mis *loco heredis*[1].

Cependant une tendance différente s'est fait jour sous l'influence de MM. Aubry et Rau. Ces auteurs distinguent selon que le légataire a ou n'a pas la saisine : il serait tenu *ultra vires* quand il est saisi, et seulement *intra vires* quand il ne l'est pas (Aubry et Rau, t. VII, § 723, notes 1, 5 et 6 ; Laurent, t. XIV, n° 101)[2]. J'ai déjà combattu ce système (ci-dessus, n°s 1939 et 1940) ; il a le tort de faire dépendre l'étendue de l'obligation aux dettes d'une question de procédure : le refus de la saisine est une mesure de pure forme, qui ne peut avoir pour effet de changer la qualité et le caractère juridique du légataire universel et de faire de lui un simple successeur aux biens, alors qu'il est, par la nature même de son titre, un successeur du même ordre que les héritiers ; l'obligation indéfinie du successeur du défunt ne peut pas s'expliquer par la façon dont il se met en possession, mais par l'idée traditionnelle de la continuation de la personne.

Jurisprudence. — Pendant un demi-siècle la jurisprudence a admis la thèse absolue de la continuation de la personne du défunt, avec sa conséquence naturelle, l'obligation indéfinie aux dettes, pour tous les successeurs dont le titre a un caractère d'universalité. Telle était la portée d'un arrêt souvent cité, l'arrêt *Toussaint* (Cass., 13 août 1851, D. 51. 1. 281, S. 51. 1. 657). Il en résultait une conséquence pratique importante : tous les légataires, autres que les légataires particuliers, devaient accepter sous bénéfice d'inventaire, s'ils avaient des doutes sur la solvabilité de la succession.

Mais la jurisprudence actuelle semble en train d'abandonner cette solution. Dès 1897 un arrêt a paru admettre, *dans ses motifs,* la distinction proposée par MM. Aubry et Rau (Cass., 12 mai 1897, D. 98. 1. 164, S. 98. 1. 193, et la note de M. Wahl). Malgré cela, quelques jugements ont persisté dans le système antérieur, en cherchant à restreindre la portée de l'arrêt de 1897 (Trib. Remiremont, 8 nov. 1900, S. 1903. 2. 54). Voyez aussi Trib. civ. Seine, 3 janv. 1903, *La Loi,* 31 janvier 1903. Mais la Cour de cassation a accentué sa tendance : elle s'est fondée à nouveau sur la saisine du légataire universel pour le déclarer tenu des dettes *in infinitum* (Cass., 1er août 1904, D. 1904. 1. 513) et elle a déclaré qu'un légataire à titre universel ne continuait pas la personne du défunt (Cass., 14 déc. 1910, D.

[1] En Roumanie, le légataire universel paie les dettes *ultra vires* (Alexandresco, p. 181 ; C. civ. roumain, art. 897, § 2).

[2] Cette opinion a été vigourement défendue par M. Percerou, dans son étude sur la liquidation du passif héréditaire (ci-dessus, n° 2061 *bis*). Il combat l'extension aux successeurs non saisis de la qualité de continuateurs de la personne, tenus indéfiniment du passif, et soutient que la différence entre le légataire saisi et celui qui ne l'est pas a été voulue par les auteurs du Code, qui ont entendu refuser à ce dernier la qualité de continuateur de la personne du défunt en même temps que la saisine.

1911. 1. 425). Il est vrai que ce dernier arrêt a été rendu en matière fiscale, pour le droit de transcription ; mais il n'en constitue pas moins la condamnation du système adopté en 1851. Voyez, sous cet arrêt, la note de M. Binet.

Intérêt de la controverse. — Cet intérêt doit être bien compris. De toute façon il faudra que le légataire universel ait soin de faire inventaire : même dans l'opinion de ceux qui ne veulent voir en lui qu'un simple successeur aux biens quand la saisine lui manque, cette précaution est nécessaire pour limiter l'action des créanciers. S'il se mettait sans cela en possession de la succession, il serait tenu indéfiniment des dettes, et tel était déjà l'avis de Pothier (*Successions*, chap. v, art. II, § 3, *in fine*). Où donc est la différence entre les deux systèmes? D'abord dans la nécessité d'une déclaration au greffe ; la formalité est peu de chose ; mais, si le légataire l'a négligée, l'effet est considérable : c'est l'obligation indéfinie aux dettes, dans le système de l'arrêt Toussaint. D'autres intérêts se présentent à d'autres points de vue. Si le légataire universel est un simple successeur aux biens tenu *intra vires* sous la seule condition d'avoir fait inventaire, on ne lui appliquera pas les règles qui gouvernent les successions bénéficiaires ; il ne sera pas tenu de fournir caution ni de suivre certaines formes pour la vente des biens.

***2767. Charges assimilées aux dettes.** — La loi n'oblige pas seulement le légataire universel à payer les *dettes* du défunt ; elle lui impose de même les *charges* de la succession. Ces charges, qui sont distinctes des dettes, ne sont pas les legs, dont l'art. 1009 s'occupe à part dans sa second partie ; ce sont des dettes qui grèvent l'hérédité sans avoir jamais grevé le défunt parce qu'elles sont *nées depuis son décès*. Tels sont les frais funéraires, les frais d'inventaire, de liquidation et de partage.

2e Paiement des legs.

****2768. Charge du légataire universel.** — Le légataire universel est tenu d'acquitter les legs particuliers que le testateur a pu faire. Deux cas sont à distinguer.

Le légataire universel est seul. — En ce cas il est naturellement chargé d'acquitter tous les legs, et s'il y a plusieurs légataires universels, chacun d'eux supporte les legs particuliers en porportion de sa propre part, à moins que le testateur n'en ait disposé autrement. — Le droit moderne ne connaît plus la *quarte Falcidie,* qui autorisait l'héritier institué à retenir un quart de l'hérédité en faisant subir une réduction correspondante aux légataires.

Le légataire universel concourt avec des héritiers a réserve. — En ce cas, *tous les legs sont à la charge du légataire universel,* car ils ne peuvent grever que la quotité disponible qui lui a été donnée, et non la réserve. Il y a donc une différence considérable entre les dettes et les legs pour leur répartition entre le légataire universel et le réservataire : tandis que les dettes se partagent entre eux, les legs retombent tous sur le légataire universel. C'est pour établir cette antithèse que l'art 1009 a été écrit, et elle y est très clairement énoncée.

Cependant la loi ne traite pas avec rigueur le légataire universel. Il est à peu près sûr de conserver quelque chose, car la réduction qui devra être subie par les légataires pour constituer la réserve de l'héritier portera *proportionnellement sur tous les legs universels ou particuliers* (art. 926). Le

légataire universel ne sera privé de tout émolument qu'au cas où les legs particuliers sont si considérables qu'en l'absence même d'héritiers à réserve ils eussent épuisé la succession, sans rien lui laisser ; ou encore au cas où le testateur aurait exprimé la volonté de faire acquitter intégralement certains legs particuliers, comme l'art. 927 lui en donne le droit. Voyez-ci-dessous, n°s 3107-3108.

****2769. Étendue de l'obligation aux legs.** — Le légataire universel est-il tenu de payer les legs *ultra vires,* quand le testateur s'est fait des illusions sur le chiffre de sa fortune, ou que son patrimoine a diminué depuis l'époque où il a rédigé son testament ? La question se pose pour lui exactement dans les mêmes termes que pour l'héritier ab intestat ; le texte leur est commun : c'est l'art. 1017. Voyez ci-dessous, n° 2791, ce qui est dit à ce sujet.

§ 4. — *Du legs à titre universel.*

A. — Notions générales.

*** 2770. Création de cette catégorie de legs.** — Jadis les legs à titre universel étaient confondus avec les legs universels : « Quelque petite que soit la quotité dont une personne est légataire, fût-ce de la vingtième ou trentième partie, dès que le don ou legs n'est point de choses particulières, mais d'une quotité, le légataire est *légataire universel* » (Pothier, *Successions,* chap. v, art. 2, § 3). On disait donc indifféremment « légataire universel » ou « à titre universel », comme nous disons encore « légataire particulier » ou « à titre particulier ». Les deux dénominations étaient synonymes.

Ce sont les auteurs du Code qui ont créé une subdivision, sans grande utilité d'ailleurs, et réservé le nom de « légataire à titre universel » à ceux qui ne recueillent qu'une fraction de l'universalité, et cette distinction n'a été introduite dans la loi qu'au dernier moment, quand on s'est décidé à accorder la saisine au légataire universel qui se trouverait seul appelé à recueillir toute la succession.

Aussi la synonymie primitive de ces deux dénominations se trouve-t-elle encore dans quelques textes. Voyez notamment les art. 871 et 926 : dans le premier la loi emploie l'expression « légataire à titre universel », dans le second, celle de « legs universels », et cependant ces deux textes établissent des règles qui sont communes aux deux catégories de legs.

**** 2771. Caractères distinctifs du legs à titre universel.** — Les seules différences qui le séparent du legs universel sont les suivantes :

1° *Il ne donne jamais droit à la totalité de la succession.* — Ce caractère est secondaire, au point de vue de la classification, car il est bien clair

que le legs d'une quote-part de l'universalité est une disposition du même genre que le legs de l'universalité entière, la fraction étant de même nature que le tout. D'ailleurs, en fait, un légataire à titre universel peut recueillir tous les biens du défunt : de la part de quelqu'un qui ne possède pas d'immeubles, léguer tous ses meubles ou léguer tous ses biens est évidemment équivalent. Or le legs de tous les meubles n'est qu'un legs à titre universel.

2° *Il ne donne jamais la saïsine.* — Ce second caractère n'est pas spécifique, puisque le légataire universel lui-même n'est pas toujours saisi.

On a voulu trouver une troisième différence dans le point de départ *du droit aux fruits,* mais on verra qu'elle doit être rejetée (ci-dessous, n° 2775).

En somme la distinction introduite par le Code n'était nullement nécessaire ; on a compliqué la théorie des legs sans profit sérieux.

****2772. Diverses espèces de legs à titre universel.** — Le legs à titre universel est celui qui donne droit seulement à une partie des biens. D'après l'art. 1010, il peut se faire de cinq façons différentes selon que le testateur a légué :

1° *Une quote-part de l'universalité de ses biens* ;

2° *Tous ses immeubles* ;

3° *Tous ses meubles* ;

4° *Une quote-part de ses immeubles* ;

5° *Une quote-part de ses meubles.*

Pour déterminer la nature du legs, il faut considérer le *titre* du légataire plutôt que le *profit* plus ou moins considérable qu'il en retire. Ainsi le legs de tous les immeubles est à titre universel alors même que le testateur n'en posséderait qu'un seul, et le legs de trois ou quatre immeubles individuellement désignés serait un legs à titre particulier, alors même que ces biens composeraient toute la fortune du testateur.

Difficultés d'appréciation. — La question de savoir si un legs qui porte, en fait, sur tous les immeubles du testateur est à titre universel ou à titre particulier donne lieu à des difficultés. L'énumération des immeubles, contenue dans le testament, exclut fréquemment l'intention de faire une disposition générale des immeubles (Douai, 28 janv. 1895, D. 96. 2. 110) ; mais elle n'est pas nécessairement limitative et peut laisser au legs le caractère d'universalité (Nancy, 10 juill. 1880) ; c'est une question que les juges du fait apprécient souverainement (Cass., 12 juill. 1881, D. 82. 1. 375).

Le legs de tout le mobilier ou de tous les meubles qui se trouveront *dans un endroit déterminé,* comme la maison d'habitation du testateur au jour de son décès, ou bien dans telle commune ou dans tel département, n'est qu'un legs particulier (arrêts anciens, de 1806 à 1824, cités dans Dalloz, *Nouveau Code civil annoté,* art. 1010, n°s 31 à 38).

***2773. Nature limitative de l'énumération légale.** — L'énumération contenue dans l'art. 1010 est certainement limitative, car le texte ajoute : « Tout autre legs est à titre particulier. »

Critique. — Le système du Code n'est que la conservation des règles suivies dans

l'ancien droit, sauf une modification nécessitée par des changements survenus sur d'autres points de la législation. Le point de départ historique a été un système qui ne considérait comme universelles que les dispositions portant sur la totalité des biens du testateur ou sur une fraction aliquote de ces biens. Mais on s'était habitué à considérer les successions comme divisées en trois masses distinctes, les meubles, les acquêts et les propres, qui allaient à des héritiers différents, en sorte que ces trois sortes de biens purent faire l'objet de dispositions nouvelles (Lebrun, *Successions*, livre IV, chap. II, section 2, n° 46; Pothier, *Successions*, chap. v, art. 2, § 3). Dans notre droit moderne, la sous-distinction des acquêts et des propres a disparu, ils sont aujourd'hui réunis dans la classe des immeubles; on arrive ainsi tout naturellement au système de l'art. 1010 qui admet comme dispositions universelles le legs des meubles et celui des immeubles. — Ce maintien de la tradition n'a pas grande raison d'être : depuis que les meubles et les immeubles sont dévolus pêle-mêle dans les successions (art. 732), ils ont cessé de former des universalités distinctes. On ne voit pas pourquoi le legs de tous les immeubles est un legs à titre universel quand le legs de tous les biens ruraux n'en est pas un. Qu'importe que la catégorie léguée soit empruntée aux classifications juridiques ou soit indiquée d'après la nature économique et matérielle des biens? L'important n'est-il pas que *les objets compris dans le legs ne soient pas limités en nombre par les termes du testament*? Là où le droit du légataire n'est pas fixe, on ne devrait pas le considérer comme légataire particulier. Néanmoins le droit français a toujours décidé que le legs de toute une catégorie de biens (livres, meubles meublants, vignes, bois, maisons, etc.) ne forme qu'un legs particulier, et Lebrun cite un arrêt du 24 mars 1620 qui l'avait jugé ainsi pour le legs d'une bibliothèque (*loc. cit.*, n° 54).

Il en résulte que le legs de toute une catégorie de biens désignés par leur nature : « toutes mes maisons, toutes mes vignes », ou par leur situation : « tous mes biens situés dans tel département ou dans telle commune » n'est qu'un legs à titre particulier.

B. — Droits du légataire à titre universel.

* **2774. Demande en délivrance.** — Le légataire à titre universel *n'a jamais la saisine.* Il est toujours tenu de demander la délivrance de son legs aux héritiers saisis (art. 1011).

S'il existe à la fois un légataire universel et un héritier à réserve, auquel des deux devra-t-il s'adresser ? A l'héritier à réserve, tant que le légataire universel n'aura pas obtenu la délivrance de son legs ; au légataire universel après la délivrance, car le legs à titre universel ne peut être acquitté que sur la quotité disponible (ci-dessous, n° 2781).

S'il y a un légataire universel saisi, en l'absence de tout héritier réservataire, c'est à lui que la délivrance doit être demandée.

S'il n'existe pas d'héritiers saisis, parce que le défunt n'a laissé que des successeurs irréguliers, le légataire devra attendre qu'ils aient obtenu l'envoi en possession pour leur demander la délivrance; si aucun d'eux ne se fait envoyer en possession, il devra faire nommer un curateur à la succession vacante pour agir contre lui.

2775. Controverse sur le droit aux fruits. — Deux textes déterminent le moment à partir duquel les légataires ont droit aux fruits, et ils le font différemment,

l'un pour les légataires universels (art. 1005), l'autre pour les légataires particuliers (art. 1014) ; aucun texte n'a réglé la question pour les légataires à titre universel, et ceci tient à ce que les dispositions relatives à cette catégorie de legs ont été introduites au dernier moment au cours de la discussion ; elles sont restées incomplètes. Dans le silence de la loi quel système suivre ?

Quelques auteurs voudraient appliquer l'art. 1014 au legs à titre universel, parce que dans l'ancien droit les légataires même universels n'avaient droit aux fruits que *du jour de la demande* ; l'art. 1005 n'a dérogé à cette tradition que pour les legs universels ; donc les legs à titre universel sont restés sous l'empire de la règle ancienne.

L'opinion contraire trouve un argument décisif dans les travaux préparatoires. Le projet assimilait le légataire à titre universel au légataire à titre particulier, et ne leur donnait de droit sur les fruits que du jour de la demande. Il disait : « Tout legs pur et simple, *soit à titre universel, soit à titre particulier*, donnera... — Néanmoins *le légataire*... ne pourra. » On a supprimé les mots « soit à titre universel, soit à titre particulier » pour éviter que le texte ne fût considéré comme commun à tous les légataires, et on a ajouté aux mots « le légataire » l'épithète *particulier* précisément pour bien marquer que la règle relative aux fruits ne s'appliquait pas à ceux qui avaient un titre universel. — Cette opinion est aussi plus logique, car le legs universel et le legs à titre universel sont des legs de même nature, qui ne diffèrent que par leur degré d'étendue.

En conséquence le legs à titre universel donne droit aux fruits *à compter du jour du décès*, quand la demande en délivrance est formée dans l'année, par application de l'art. 1005 (Cass., 6 avril 1891, D. 92. 1. 279, S. 92. 1. 515).

2776. Actions ouvertes au légataire à titre universel. — Les actions qui lui sont données sont les mêmes que celles qui appartiennent au légataire universel. Voyez ce qui en est dit à propos de ce dernier, ci-dessus, n° 2764.

Toutefois ces actions ne lui appartiennent qu'*en partie*, puisque son droit porte sur une part seulement. Ainsi il ne peut agir en revendication contre les tiers détenteurs ou exercer l'action personnelle contre les débiteurs du défunt qu'autant qu'il s'agit de biens ou de valeurs *mis dans son lot*.

C. — Obligations du légataire à titre universel.

1° Paiement des dettes.

**** 2777. Comparaison avec le légataire universel.** — Pourvu d'un titre qui ne lui donne jamais droit qu'à une partie de l'hérédité, le légataire à titre universel n'est tenu de payer qu'*une partie des dettes*. Il doit les supporter *proportionnellement*, « pour sa part et portion », dit l'art. 1012. Dans cette mesure, il en est tenu *personnellement* (*ibid.*). La question de savoir s'il doit les supporter *ultra vires* est la même que pour le légataire universel : l'art. 1012 reproduit la formule de l'art. 1009. Voyez ci-dessus, n° 2766.

Enfin, outre l'action personnelle, il est exposé à l'action des créanciers hypothécaires, laquelle est indivisible. Il est tenu « hypothécairement pour le tout », dit encore l'art. 1012.

2778. Cas où une ventilation est nécessaire. — La quote-part du légataire à titre universel dans les dettes est déterminée d'avance, quand il lui a été légué une fraction numérique de la succession, un tiers, un quart ; elle ne l'est pas quand le legs porte *sur la totalité ou sur une fraction des meubles ou des immeubles*. Il faut alors pro-

céder à une ventilation pour exprimer en chiffres la part d'actif qui revient au légataire comparativement à l'ensemble de la succession.

2° Paiement des legs particuliers.

*2779. **Texte de la loi.** — Le paiement des legs particuliers est réglé pour le légataire à titre universel par l'art. 1013 ; malheureusement ce texte est loin de trancher la question complètement. Plusieurs cas sont à distinguer, et le texte n'en a prévu qu'un seul, sur lequel même il ne s'est pas expliqué clairement.

*2780. **Absence d'héritiers réservataires.** — Alors aucun doute ne s'élève : le principe de la répartition proportionnelle, établi d'une manière générale par l'art. 1012 pour les « dettes et charges » de la succession, s'applique aux legs comme aux dettes.

*2781. **Existence d'héritiers réservataires.** — En ce cas, il faut faire une sous-distinction :

1° Le réservataire est réduit a sa réserve. — Quand la quotité disponible tout entière a été attribuée au légataire à titre universel, lui seul supporte tous les legs, puisque le réservataire n'en doit acquitter aucun. Mais il y aura lieu de procéder à une réduction générale et proportionnelle des legs conformément à l'art. 926 (ci-dessous, n° 3107).

2° Le réservataire recueille une partie de la quotité disponible. — C'est l'hypothèse prévue par l'art. 1013 qui se borne à dire que, lorsque le testateur n'aura disposé que d'une partie de la quotité disponible, le légataire à titre universel « sera tenu d'acquitter les legs particuliers *par contribution avec les héritiers naturels* ».

Une vive controverse s'est élevée sur ce texte, parce qu'il ne dit pas sur quelle base doit se faire cette contribution. Soit un enfant unique, et 100 000 francs d'actif, la quotité disponible est de moitié et vaut 50 000 francs. Le légataire à titre universel a droit à un quart, ou 25 000 francs. On demande si l'héritier réservataire doit contribuer au paiement des legs particuliers pour trois quarts (sa part entière) ou seulement pour moitié, sa part dans la quotité disponible étant égale à celle du légataire à titre universel. Cette question est ancienne ; elle était déjà agitée par Lebrun, Pothier et Bourjon, et s'est renouvelée sous l'empire du Code. Dans une première opinion on soutient que le réservataire ne doit contribuer qu'en proportion de ce qu'il prend dans la quotité disponible, parce que, si les dettes grèvent l'ensemble de la succession, les legs ne sont dus que sur la quotité disponible. Dans une autre opinion, qui tend de plus en plus à prévaloir, on décide que l'héritier réservataire doit contribuer *en proportion de sa part totale*, pour les raisons suivantes : 1° Il ne recueille pas sa part à deux titres différents, il n'en a qu'un : sa qualité d'héritier, et c'est à ce titre qu'il est tenu d'y contribuer. 2° Il ne peut pas se prévaloir de sa réserve, tant qu'elle n'est pas entamée, et c'est l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons : il s'agit seulement de *déterminer sa part contributoire* ; si cette part dépasse ce qui reste de la quotité disponible, il y aura lieu à la réduction générale des legs parce que l'héritier ne peut jamais être tenu de les acquitter sur sa réserve ; mais les deux questions (la répartition des legs particuliers et leur réduction éventuelle) sont distinctes (Demolombe, t. XXI, n° 606 ; Aubry et Rau, t. VII, § 723, p. 502 et 503).

2782. Choix des biens composant la quotité disponible. — Le disposant est libre de choisir les biens qu'il veut donner ou léguer ; il est donc libre de composer à son gré la quotité disponible, dont le chiffre seul est déterminé par la loi. Par exemple il peut léguer un immeuble, et ne laisser dans sa succession que des valeurs mobilières. La Cour de cassation en a conclu que le testateur pouvait *conférer au légataire lui-même le choix qui lui appartient*, pour lui permettre de prendre des biens à sa convenance (Cass., 29 juill, 1890, D. 91. 1. 28, S. 91. 1. 5 ; Cass., 16 janv. 1912, P. S. 1915. 1. 73) ; on ne peut élever aucune objection tirée des art. 826, 832 et 834, qui règlent la façon de composer les lots dans les successions ab intestat. Mais comme ces articles sont applicables à ceux qui sont héritiers en vertu de la loi, le testateur ne peut pas permettre à l'un des réservataires de composer sa part de réserve avec des biens de son choix (Orléans, 5 juill. 1889, D. 91. 1. 28, S. 91. 1. 5).

§ 5. — *Des legs particuliers.*

***2783. Définition.** — Le legs particulier devrait se définir celui qui donne droit seulement à un ou plusieurs objets déterminés, mais ce n'est pas là le procédé qu'a employé la loi : elle commence par déterminer les caractères des legs universels et des legs à titre universel ; puis elle décide que tout legs qui ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre de ces catégories « ne forme qu'une disposition à titre particulier » (art. 1010 *in fine*). On a déjà vu que beaucoup de catégories d'objets existant en nombre indéterminé dans le patrimoine du testateur ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un legs à titre universel (ci-dessus, n° 2773).

A. — Droits du légataire particulier.

2784. Observation. — Nous raisonnerons sur l'hypothèse normale, celle où le legs est pur et simple. Quand il est conditionnel, le droit du légataire n'est *ouvert* qu'à la réalisation de la condition (art. 1040), et par suite ce qui est dit ci-dessous pour l'entrée en possession et pour les fruits ne lui devient applicable qu'après que la condition est réalisée.

Toutefois ce retard apporté à l'ouverture de son droit n'empêche pas la condition d'être *rétroactive* quand elle se réalise utilement, et par suite les actes de disposition faits par le légataire dans l'intervalle entre le décès et la réalisation de la condition seraient valables, tandis que ceux que l'héritier a pu faire dans le même temps seraient non avenus.

1° Entrée en possession.

****2785. Nécessité d'une demande en délivrance.** — N'ayant jamais la saisine, le légataire particulier ne peut se mettre de lui-même en possession ; il doit toujours demander la délivrance à ceux qui sont saisis des objets à lui légués (art. 1014).

2° Droit aux fruits.

***2786. Point de départ.** — D'après l'art. 1014, le légataire particulier n'a droit aux fruits que du jour où il a formé sa demande en délivrance, ou du jour où cette délivrance lui a été volontairement consentie. Jusqu'à

ce moment les fruits restent à l'héritier ou au légataire universel, sans distinguer s'ils ont ou non connu l'existence du legs.

Toutefois les fruits lui sont dus à compter du jour du décès dans deux cas : 1° *si le testateur l'a expressément ordonné* ; 2° s'il s'agit d'une *rente viagère léguée à titre d'aliments,* parce qu'on suppose que telle a été l'intention du testateur (art. 1015). — En outre, le notaire dépositaire du testament peut être responsable du préjudice que le retard lui a causé, s'il a négligé de le prévenir (Caen, 17 févr. 1908, P. et S. 1908. 2. 282).

3° Actions du légataire particulier.

****2787. Énumération.** Un légataire particulier ne peut exercer ni la pétition d'hérédité ni l'action en partage : ces deux actions ne peuvent appartenir qu'aux successeurs universels du défunt, comme le sont les deux catégories précédentes de légataires. Il a les trois actions qu'il avait déjà en droit romain et que notre droit a conservées : 1° l'*action réelle* ; 2° l'*action personnelle* ; 3° l'*action hypothécaire.*

Il est possible que le légataire n'ait besoin d'aucune action pour obtenir le bénéfice de son legs. Ceci arrive dans le *legs de libération,* par lequel un créancier fait remise à son débiteur de ce que celui-ci lui devait[1]. En ce cas une simple exception lui suffit.

a. — *Action réelle.*

***2788. Sa nature et ses applications.** — Toutes les fois que l'objet du legs est *la propriété d'une chose déterminée* ou *un droit réel sur une chose,* la transmission de propriété ou la création du droit réel s'opère immédiatement et de plein droit au décès du testateur, sauf l'effet des conditions suspensives, quand il y en a, et sous réserve de l'acceptation du légataire. Le bénéficiaire du legs possède donc la *revendication* ou l'*action confessoire,* selon la nature de son droit.

b. — *Action personnelle.*

***2789. Sa nature et ses applications.** — Quand le legs n'a pas pour objet un droit réel sur un corps certain, l'action réelle ne peut pas appartenir au légataire ; il est alors réduit à une action personnelle contre les héritiers ou autres personnes débitrices du legs. C'est ce qui arrive principalement *quand l'objet du legs est de l'argent,* soit en capital, soit sous forme de rente, et c'est surtout à cette hypothèse que les rédacteurs de la loi ont songé en écrivant l'art. 1017, où il est question des « débiteurs » du legs, personnellement « tenus de l'acquitter ».

[1] Ce legs peut résulter de la simple mention « à ne pas réclamer », inscrite au dos du titre si elle est datée et signée (Paris, 20 déc. 1913, P et S. 1915. 2. 54).

Cette action, que les anciens appelaient *actio ex testamento*, prend naissance en la personne de l'héritier par l'effet de son acceptation : il se trouve tenu envers les légataires en vertu du testament comme par un contrat ; la volonté du testateur jointe à celles de l'héritier et du légataire, acceptant l'un le legs, l'autre la succession, forme le lien de droit, et il y a là un *quasi-contrat*.

***2790. Personnes tenues de l'action.** — Le légataire a pour obligés :

1° Les *héritiers du sang*, quand le testament ne les a pas exhérédés. Parmi les « héritiers » du testateur, mentionnés dans l'art. 1017, il faut évidemment comprendre les successeurs irréguliers (Cass., 5 juin 1893, D. 93. 1. 383, S. 93. 1. 348).

2° Les *légataires universels ou à titre universel*, qui sont au lieu des héritiers.

Exceptionnellement, un legs particulier peut avoir été mis par le testament à la charge d'un légataire particulier (ci-dessous, n° 2799).

En principe, il n'y a *pas de solidarité* entre les codébiteurs d'un même legs. Chacun d'eux est tenu de le payer en proportion de la part qu'il a prise dans l'universalité de la succession. C'est l'idée qu'exprime l'art. 1017 en disant qu'ils en sont tenus « *au prorata* de la part et portion dont ils profiteront... » — De l'absence de solidarité, il résulte que si l'un des héritiers ou autres débiteurs du legs est insolvable, la perte est pour le légataire et les autres n'en sont pas responsables (Cass., 10 août 1885, D. 86. 1. 212, S. 88. 1. 470).

Il dépend, du reste, du testateur d'établir la solidarité entre les débiteurs du legs, au moyen d'une clause expresse.

***2791. Étendue de l'obligation.** — Les héritiers et légataires universels sont-il tenus de payer les legs indéfiniment à quelque chiffre qu'ils puissent monter, et même au delà des forces de la succession ? Il semble que cette question aurait dû recevoir depuis longtemps une solution définitive, et cependant elle est encore vivement controversée.

Ancien droit. — Il était de tradition qu'à la différence des dettes, dont l'héritier pur et simple est tenu *ultra vires*, les legs faits par le défunt n'étaient jamais dus qu'*intra vires*, c'est-à-dire seulement jusqu'à concurrence des biens (Pothier, *Successions*, chap. v, art. 3, § 1)[1]. Par suite, lorsque les biens de la succession étaient épuisés et que le fait pouvait être prouvé par un inventaire en règle, l'héritier même pur et simple était affranchi de toute action de la part des légataires (Bourjon, v° Testament, 5e partie, chap. ii, sect. 2, n° 9).

Textes actuels. — Les textes qui interviennent dans la question sont les suivants.

[1] « Les coutumes ne donnent au testateur le pouvoir de faire des legs que jusqu'à concurrence des biens disponibles ; par conséquent, ils ne sont pas valables au delà. Mais il a été au pouvoir du défunt de contracter autant de dettes qu'il a voulu. »

1° L'art. 724, qui déclare les héritiers saisis « sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ».

2° Les art. 870 et suiv., et spécialement l'art. 873, qui déclare les héritiers « personnellement tenus des dettes et charges de la succession ».

3° Les art. 1009 et 1012, qui emploient les mêmes expressions à propos des légataires universels ou à titre universel.

4° L'art. 783, qui permet à l'héritier acceptant de faire rescinder son acceptation à la suite de la découverte d'un testament contenant de nouveaux legs, d'où il peut résulter pour lui une lésion.

5° L'art. 1017, qui ouvre au légataire une double action personnelle et hypothécaire contre les divers débiteurs de son legs.

Controverse doctrinale. — Beaucoup d'auteurs se prononcent pour l'obligation indéfinie au paiement des legs, sauf l'effet du bénéfice d'inventaire (Demolombe, t. XIV, n°s 522, 550, 551 ; Aubry et Rau, t. VI, §§ 611 et 617, p. 381 et 442-444 ; Laurent, t. XIV, n° 108). Ils prétendent que le mot « charges », dans les textes cités ci-dessus, comprend les legs en même temps que les dettes postérieures au décès. Il est bien certain que dans la langue des xviie et xviiie siècles le mot avait ce sens large et comprenait même les legs (notes de Laurière sous le n° 313 des *Institutes coutumières*, de Loysel ; Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. ii, sect. 4, n° 3) ; mais il est non moins certain que le sens de ce mot est flottant et peut très bien s'entendre des charges autres que les dettes, à l'exclusion des legs, et c'est ce que prouve l'art. 1009 qui règle en deux alinéas séparés le paiement des dettes et charges, d'une part, et celui des legs, d'autre part ; la même distinction se retrouve dans les art. 1012 et 1013. Il est donc acquis que, pour les rédacteurs du Code, le mot « charges » ne comprenait pas nécessairement les legs, de sorte qu'on ne peut tirer aucun argument probant des autres textes où ce mot figure.

Ces mêmes auteurs considèrent l'héritier comme tenu indéfiniment sur tous ses biens du paiement des legs parce que les art. 873, 1009, 1012 et 1017 le déclarent tenu « personnellement » et que le sens de ce mot est déterminé par l'art. 2092, qui rend l'obligation personnelle indéfinie. C'est commettre une véritable *pétition de principe,* puisqu'il s'agit de savoir dans quelle mesure existe cette obligation personnelle quant aux legs considérés comme charges de la succession. — Les auteurs du Code ont continué à employer le langage du xviiie siècle, d'après lequel les héritiers étaient personnellement tenus des charges, y compris les legs, sans que pour cela leur obligation à cet égard fût illimitée (Lebrun, *loc. cit.*).

Pour moi, j'estime qu'aucun des articles précités ne tranche expressément la question. Quand l'art. 724 dit que les héritiers sont saisis de plein droit « sous l'obligation d'acquitter *toutes les charges* », il entend par là les char-

ges *de toute nature*, quelles qu'elles soient, et il ne dit pas du tout *dans quelle limite* ces charges existent pour l'héritier : « toutes les charges » n'est pas synonyme de « indéfiniment ». Il est sous-entendu que ces charges pèsent sur les héritiers dans la mesure où l'exigent les principes et les traditions (voyez ci-dessus, nos 1939-1940). — Les art. 870 à 873, de même que les art. 1009 et 1012, ont été écrits pour régler la *contribution* aux dettes et aux charges, c'est-à-dire la part pour laquelle chacun des successeurs universels du défunt est tenu d'acquitter soit les dettes, soit les legs ; ils sont donc étrangers à notre question. — L'art. 783 s'explique aussi bien dans un système que dans l'autre. Voyez la note de M. Flurer citée plus bas. — L'art. 1017 seul détermine directement l'action personnelle accordée au légataire contre les débiteurs du legs. Mais en opposant dans ce texte l'action personnelle à l'action hypothécaire, les auteurs de la loi se sont préoccupés d'établir une antithèse entre ces deux actions, dont l'une est divisible tandis que l'autre ne l'est pas ; ils n'ont nullement songé à dire si les débiteurs du legs en étaient tenus *ultra vires*.

Du moment où la loi ne s'est nulle part expliquée d'une manière claire sur l'étendue de l'obligation des héritiers et autres successeurs universels envers les légataires particuliers, nous devons présumer qu'elle a voulu maintenir la règle traditionnelle : un texte spécial aurait été nécessaire pour introduire une innovation aussi considérable. Voyez un bon exposé de la controverse par M. Flurer (D. 91. 2. 213), qui conclut en faveur du maintien de la solution ancienne, c'est-à-dire l'obligation restreinte au montant de l'actif. Voyez aussi Wahl, S. 93. 2. 1.

Jurisprudence. — La jurisprudence est encore hésitante ; il y a du reste peu d'arrêts sur la question et la Cour de cassation ne s'est pas formellement prononcée. L'obligation *ultra vires* a été admise par les Cours de Poitiers (16 mars 1864, D. 64. 2. 117, S. 65. 2. 63) et de Caen (22 janv. 1866, *Recueil de Caen*, 1866, p. 41)[1]. Voyez aussi Trib. civ. Seine, 4 nov. 1892, *Le Droit*, 22 nov. 1892. Mais la Cour d'Orléans a consacré le système de l'obligation restreinte (14 mai 1891, D. 91. 2. 313, S. 93. 2. 1), et la Cour de Caen elle-même s'est déjugée (Caen, 31 janv. 1901, D. 1902. 2. 391, S. 1912. 2. 295). Quant à la Cour de cassation, elle a d'abord évité de trancher ce point en se bornant à décider que le successible, qui a confondu ses biens personnels avec ceux de la succession, se rend non recevable à soutenir ensuite qu'il n'était tenu du paiement des legs particuliers que jusqu'à concurrence des forces de la succession (Cass., 29 mai 1894, D. 94. 1. 545).

[1] On ajoute souvent à ces arrêts une décision qui n'a pas la même portée : il s'agissait d'un légataire universel qui n'avait pas fait inventaire ; son obligation envers les légataires s'expliquait par la confusion des biens, et non par sa qualité (Angers, 1er mai 1867, D. 67. 2. 85, S. 67. 2. 305).

Voyez la note du DALLOZ sous cet arrêt. Puis, en 1904, elle a admis l'obligation indéfinie du légataire universel, quand il est *saisi* (Cass., 1er août 1904, D. 1904. 1. 513, S. 1905. 1. 7).

c. — *Action hypothécaire.*

2792. Origine historique. — Cette action avait été accordée aux légataires par Justinien (*Code*, liv. VI, tit. 43, loi 1). Elle avait été admise dans notre ancien droit ; quelques auteurs seulement en contestaient l'existence, mais la pratique avait négligé leurs observations. Elle était réputée hypothèque légale, et par conséquent elle résultait de tout testament, même non notarié et purement olographe (POTHIER, *Donations testamentaires*, nos 288 et 289).

***2793. Son existence actuelle.** — L'existence même de cette hypothèque légale sous l'empire du Code a été et est encore controversée. On ne peut la fonder que sur quelques mots de l'art. 1017, qui déclare les débiteurs du legs tenus « hypothécairement pour le tout ». Plus d'un auteur trouve que cette simple allusion à l'existence d'une hypothèque ne suffit pas pour la créer, d'autant plus que l'art. 2121, qui énumère les hypothèques légales, ne mentionne pas celle des légataires ; le titre « Des donations et testaments » contient donc une référence inutile à une hypothèque qui n'a pas été établie par le titre « Des privilèges et hypothèques » (AUBRY et RAU, t. VII, § 722, texte et note 24). — Ces raisons ne sont pas convaincantes. L'énumération de l'art. 2121 n'est ni complète ni limitative, et l'art. 1017 ne peut recevoir son application entière que si on suppose le maintien de l'hypothèque légale qui existait déjà dans l'ancien droit. La jurisprudence n'a jamais hésité à le reconnaître (Grenoble, 14 févr. 1817, S. chr. 5. 2. 239 ; Bordeaux, 5 mai 1887, D. 89. 2. 7, S. 90. 2. 124).

2794. Ses raisons pratiques. — Les légataires n'ont pas pu prendre leurs sûretés ; ils ne sont pas comme les créanciers, qui ont pu débattre leurs intérêts avec le défunt. De plus, l'héritier est toujours tenté de se soustraire au paiement des legs et de commettre des fraudes et des détournements. C'est pour cela que la loi accorde une hypothèque aux légataires, alors qu'elle n'en donne point aux créanciers.

Sans doute les légataires ont, en outre, le droit de demander la séparation des patrimoines et de prendre une inscription en vertu de l'art. 2111, mais les deux sûretés n'ont pas les mêmes avantages.

La séparation des patrimoines est plus avantageuse que l'hypothèque légale de l'art. 1017, en ce qu'elle donne aux légataires un droit de préférence sur les meubles aussi bien que sur les immeubles. En outre même sur les immeubles, la séparation est avantageuse en ce que son inscription est *rétroactive*, quand elle est prise dans les six mois (art. 2111), tandis que l'inscription hypothécaire prise en vertu de l'art. 1017 ne prend jamais rang qu'à sa date. De son côté, l'hypothèque légale est préférable à la séparation des patrimoines en ce qu'elle est *indivisible* (ci-dessous, n° 2796), tandis que la séparation ne l'est pas.

Elle devrait avoir en outre un second avantage, à savoir le droit de suite, la séparation étant un simple droit de préférence ; mais on a déjà vu que la jurisprudence a effacé cette infériorité de la séparation, en faisant d'elle un véritable privilège muni du droit de suite (t. II, n° 3165).

2795. A qui appartient l'hypothèque. — Est-il besoin de dire que cette hypothèque légale n'appartient qu'aux légataires particuliers ; les légataires universels ou

à titre universel n'en ont pas besoin : ils ne sont pas *créanciers* de leurs legs, et sont eux-mêmes *loco heredis*. D'ailleurs l'art. 1017 n'est écrit que pour les légataires particuliers.

***2796. Étendue de l'action.** — Une disposition expresse de la loi permet aux légataires de poursuivre pour le total chacun des héritiers ou autres débiteurs du legs, quand ils sont plusieurs : ils en sont tenus « hypothécairement pour le tout » (art. 1017).

Cette disposition est une fausse application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Bacquet et Renusson avaient déjà commis la même erreur avant le Code, sans appuyer leur sentiment d'aucune raison solide. Ricard avait rétabli la vérité : l'indivisibilité de l'hypothèque s'oppose à la division de l'action entre les héritiers, *quand l'hypothèque a existé du vivant même du défunt* ; mais la part de chaque héritier n'a jamais été hypothéquée au total du legs : l'hypothèque a pris naissance en la personne des héritiers, elle est *née divisée* (*Donations*, 1re partie, ch. I, sect. 4). Comp. POTHIER, *Donations testamentaires*, n° 289 [1]. Il est donc tout à fait singulier de voir attribuer à un créancier une hypothèque plus étendue que sa créance n'a jamais été. Il y a là un surcroît de garantie pour les légataires, qui n'a peut-être pas été voulu par les auteurs du Code, et qui a pour effet de constituer les codébiteurs du legs *cautions réelles* les uns des autres en vertu de la loi, pour tout ce qui excède la part que chacun d'eux doit supporter dans le legs. C'est sans doute le seul cas où l'on trouve des cautions réelles *légales*.

Si par l'effet de l'hypothèque, l'un des débiteurs du legs a été forcé de le payer en totalité, il a son recours contre ses codébiteurs pour tout ce qui excède sa part.

***2797. Préférence des créanciers sur les légataires.** — L'hypothèque légale n'a d'ailleurs d'intérêt pour les légataires que pour les protéger *contre les créanciers personnels de l'héritier*, au cas où celui-ci serait insolvable. Elle ne leur donne *aucun droit de préférence contre les créanciers de la succession* au cas d'acceptation bénéficiaire ; c'est au contraire ceux-ci qui seront payés avant eux. C'est en effet une vieille règle du droit que cette priorité des créanciers sur les légataires : les legs ne sont payés qu'après l'acquittement des dettes et sur l'actif net de la succession. Tel est le sens de l'adage « Nemo liberalis nisi liberatus ».

Toutefois il se pourrait qu'un légataire fût payé, grâce à son hypothèque, alors qu'un créancier ne le serait pas. Il suffit de supposer qu'un immeuble de la succession a été aliéné : si le créancier n'a pas d'hypothèque et si le débiteur est insolvable, le créancier ne pourra pas obtenir son paiement, tandis que le légataire pourra user de son droit de suite contre le tiers acquéreur. En outre, s'il y a plusieurs héritiers, le créancier ne peut demander à chacun que sa part et se trouve en perte, s'il y a un insolvable ; le légataire, muni d'une hypothèque indivisible, évitera cette perte en s'adressant à l'héritier détenteur d'un immeuble.

B. — Obligations du légataire particulier.

***2798. Comment il peut être tenu des dettes.** — En sa qualité de

[1] La loi 1 au Code, *Communia de legatis*, le disait expressément : « In tantum hypothecaria unumquemque volumus conveniri, in quantum personalis actio adversus ipsum competit ». Toutefois, il résultait probablement des principes romains sur le caractère translatif du partage que cette proposition cessait d'être vraie après le partage : chaque lot se trouvait grevé de l'hypothèque pour le tout, par l'effet de l'échange des parts indivises. Cette conséquence n'aurait pas dû être admise par le droit français qui considère le partage comme purement déclaratif.

successeur particulier, le légataire n'est pas obligé personnellement envers les créanciers du défunt (art. 1024).

Par exception il est obligé de payer un créancier :

1° *Si le testateur a mis ce paiement à sa charge,* expressément ou tacitement [1] ;

2° *Si le legs a pour objet un immeuble hypothéqué* : le droit de suite du créancier atteindra le légataire comme tout autre détenteur de l'immeuble (art. 1024). Mais le légataire, obligé de payer pour un autre, aura son recours tel que de droit et sera subrogé aux droits du créancier payé par lui.

De plus, quand le testateur a fait des legs qui dépassent son actif net, les legs subissent une réduction proportionnelle, par application de la maxime « Nemo liberalis nisi liberatus », et les légataires supportent ainsi indirectement la charge du passif. C'est à l'éventualité de cette réduction que l'art. 1024 fait allusion, mais le renvoi qu'il fait aux articles précédents est sans objet, aucun autre texte que lui n'en ayant parlé.

***2799. Comment il peut être tenu des legs.** — De même que les dettes, les legs sont à la charge des successeurs universels ; les légataires particuliers n'en sont donc point tenus. Néanmoins une clause expresse du testament peut mettre un legs à la charge d'un légataire particulier. Par exemple, en léguant une propriété importante à quelqu'un, le testateur peut charger ce légataire de servir une rente viagère à une autre personne. C'est l'équivalent d'une stipulation pour autrui insérée dans une donation ; et ce procédé est fréquement employé.

C. — Comment doivent être délivrées les choses léguées.

2800. Règles diverses. — La loi a établi à cet égard différentes règles, sur lesquelles nous passerons très rapidement à cause de leur peu d'intérêt.

1° *Les accessoires nécessaires de la chose légale doivent être livrés en même temps qu'elle* (art. 1018). Simple en elle-même, cette disposition soulève de nombreuses difficultés de fait.

2° *La chose doit être remise dans l'état où elle se trouve le jour du décès du testateur* (art. 1018). Cela veut dire que le légataire profite des améliorations et souffre des détériorations survenues *avant le décès*. Mais il faut se garder de croire que la loi veuille mettre par là les risques de la chose léguée à la charge de l'héritier ou du légataire universel, et l'obliger à réparer ce dont elle se trouverait diminuée sans son fait depuis le décès : le légataire en est propriétaire et elle est à ses risques.

3° *Les acquisitions nouvelles même contiguës au terrain légué, ne sont pas censées comprises dans le legs sans une nouvelle disposition* (art. 1019). Il importe donc de distinguer les acquisitions nouvelles des simples *améliorations* faites au fonds légué, par exemple au moyen d'embellissements ou de constructions. — Toutefois, les terrains nouvellement acquis seraient réputés faire partie du legs, s'il s'agissait *d'un enclos dont le testateur a lui-même augmenté l'enceinte.*

4° *Si la chose léguée a été hypothéquée, avant le testament ou depuis, ou si elle est grevée d'usufruit, le légataire n'a pas le droit d'en obtenir la libération* (art. 1020). Seule une disposition expresse du testateur pourrait charger le débiteur du legs de dégager ou de dégrever la chose.

[1] Dans ce cas, le legs particulier grevé de charges ne peut pas être accepté sous bénéfice d'inventaire (Paris, 22 mars 1894, D. 96. 2. 105, et la note de M. Boistel).

2801. Observations supplémentaires. — A ces règles, qui sont formulées par le Code, il faut en ajouter quelques autres :

1° Si la chose a péri avant le décès du testateur, le légataire n'a point droit à l'indemnité qui peut être due soit par une compagnie d'assurance, soit par l'auteur responsable de l'accident. Si la somme a été payée, elle s'est confondue avec les autres biens du testateur ; si elle est encore due, elle forme un objet distinct de la chose léguée, une créance qui n'est pas comprise dans le legs.

2° A l'inverse, si la chose léguée a été améliorée, par exemple si c'est un terrain sur lequel le testateur a élevé des constructions, le légataire n'est point obligé d'en payer le prix, alors même qu'il serait encore dû : c'est une dette qui grève les successeurs universels du défunt.

3° Le legs du *mobilier* comprend-il les *valeurs mobilières?* C'est une question de fait et d'intention (Toulouse, 29 déc. 1910, P. et S. 1911. 2. 173). Comp. t. I, n° 2262.

4° Le legs d'une *rente viagère* supérieure aux revenus de la succession peut être assuré aux dépens des capitaux, si le testateur l'a voulu (Cass., 23 juin 1909, P. et S. 1911. 1. 299).

D. — Des choses qui peuvent être léguées.

2802. Généralités. — Tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'un legs. On n'exige même pas que la chose léguée soit déterminée individuellement. Pour les legs de *choses indéterminées*, voyez l'art. 1022, aux termes duquel l'héritier ne peut pas offrir une chose du genre indiqué par le testateur en la choisissant de la plus mauvaise qualité; il ne peut pas non plus être obligé de l'offrir de la meilleure.

Il n'y a de difficultés sérieuses que pour le legs de la *chose d'autrui* et pour le legs d'une *chose indivise*.

1° Legs de la chose d'autrui.

***2803. Ancienne solution.** — Selon le droit romain, le legs de la chose d'autrui était *valable*, quand le testateur avait su que ce qu'il léguait ne lui appartenait pas; le legs était *nul* quand il l'avait ignoré. On présumait qu'il ne l'aurait pas léguée, s'il avait connu la vérité, parce qu'il n'aurait pas voulu imposer cette charge à son héritier. Cette distinction paraît assez conforme à la volonté probable du testateur. Aussi avait-elle été conservée dans notre ancien droit.

****2804. Solution actuelle.** — Des difficultés incessantes s'élevaient sur le point de savoir si le testateur avait connu ou ignoré son défaut de droit sur la chose léguée. On a voulu y mettre un terme en étendant la nullité du legs en toute hypothèse, « soit que le testateur ait connu ou non qu'elle [la chose léguée] ne lui appartenait pas » (art. 1021). Désormais le legs sera toujours nul même quand il ne resterait aucun doute sur l'état d'esprit du testateur, par exemple s'il avait dit : « Je lègue à Z... le fonds de mon voisin Pierre ».

2805. Applications. — Pour que le legs soit nul, il faut :

1° *Que le testateur n'ait eu absolument aucun droit sur la chose léguée.* S'il avait sur elle un droit quelconque, même *éventuel,* cela suffirait à valider le legs (Cass., 24 mars 1869, D. 69. 1. 351, S. 69. 1. 148. — Comp. Cass., 6 juin 1883, D. 84. 1. 33, S. 84. 1. 129 ; Pau, 19 avril 1910, P. et S. 1910. 2. 181 ; Cass., 6 mai 1913, D. 1914. 1. 277).

2° *Que le legs ait pour objet une chose déterminée.* S'il a légué une cer-

taine quantité de choses déterminées *in genere,* comme des barriques de vin, des matériaux ou des objets de consommation, le legs est valable alors même qu'il n'y aurait dans la succession aucun objet du genre désigné. Les genres n'appartiennent à personne et il n'y a pas là legs de la chose d'autrui.

3° *Que le legs ait pour objet le transfert de la propriété.* Ainsi les auteurs reconnaissent en général que le testateur peut obliger son héritier à procurer au légataire la propriété d'une chose déterminée appartenant à un tiers. Il y a là non pas le legs d'une chose, mais une obligation de faire imposée à l'héritier et qui est licite. Seulement, si on admet que le défunt a pu ainsi charger son héritier d'acheter le bien d'autrui pour le compte du légataire, on arrive presque à éluder la loi, car le legs devient valable toutes les fois qu'il peut être interprété de la sorte.

Il y a en effet une opinion, qui est loin d'être insoutenable, d'après laquelle l'art. 1021 ne déclare nul le legs de la chose d'autrui qu'autant qu'il peut y avoir des doutes sur l'intention du testateur et qu'il lui est permis de léguer la chose d'autrui sous la seule condition de le déclarer expressément. Cette opinion a pour elle la courte discussion qui s'engagea au Conseil d'État sur l'art. 1021 : on y voit que les rédacteurs du Code ont simplement voulu couper court aux « subtilités » de l'ancien droit en obligeant le testateur « à s'expliquer clairement » (Fenet, t. XII, p. 398).

2806. Legs de la chose de l'héritier. — Pour l'application de l'art. 1021, on doit considérer comme chose d'autrui *la chose de l'héritier*. Cette solution est contraire à la règle qu'on suivait en droit romain. Mais s'il n'est pas permis au testateur de léguer directement ce qui appartient à son héritier, il peut du moins imposer à celui-ci l'obligation de donner un bien lui appartenant à une personne désignée par le testament (Orléans, 31 mars 1849, D. 49. 2. 125). C'est à l'héritier, s'il trouve la condition trop onéreuse, de renoncer à la succession. Comp. Besançon, 27 déc. 1911, P. et S. 1912. 2. 203.

2° Legs d'une chose indivise.

2807. Chose indivise isolée. — Si le testateur a légué *ses droits dans une chose indivise* entre lui et d'autres personnes, alors que l'indivision n'avait pas d'autre objet que cette chose, le légataire est mis en son lieu et place; c'est lui désormais qui se trouve dans l'indivision avec les consorts du testateur; c'est avec lui que devra avoir lieu le partage. Cette hypothèse ne souffre aucune difficulté.

2808. Chose comprise dans une masse indivise. — Si la chose léguée faisait partie d'une masse de biens telle qu'une communauté ou une succession non encore partagée, il y a lieu de distinguer. Un cas particulier a été prévu par la loi : c'est celui où il s'agit d'une communauté dissoute et où le legs est fait par le mari. Alors l'art, 1423 veut que le legs s'exécute à tout événement, en nature ou en argent (ci-dessus. n° 1035).

M. Demolombe (t. XXI, n° 695), reprenant une opinion déjà professée par Delvincourt et Duranton, considère cet article comme exprimant le droit commun et l'applique à toutes les hypothèses analogues. Mais l'avis général est au contraire que l'art. 1423 est une disposition exceptionnelle et doit être restreint au cas prévu.

Il faut alors déterminer quel effet peut produire le legs dans toutes les autres hypothèses. La solution qui semble prévaloir fait dépendre le sort du legs du résultat du partage. Si la chose léguée est mise au lot du testateur, le legs sera valable ; il sera nul,

si elle est mise au lot d'un autre indivisaire parce qu'il a légué la chose d'autrui (Paris, 6 mai 1861, D. 62. 2. 161, S. 61. 2. 321; Caen, 13 mai 1880, D. 84. 1. 33). La Cour de cassation, saisie du pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Caen, s'est bornée à décider qu'on ne pouvait considérer comme nul, à titre de legs de la chose d'autrui, le legs d'une chose sur laquelle le testateur avait un droit indivis (Cass., 6 juin 1883, D. 84. 1. 33, S. 84. 1. 129).

Toutefois ce système, qui consiste à résoudre la question par l'application de l'art. 883 et du principe de l'effet déclaratif du partage, a été combattu par MM. Aubry et Rau (t. VII, §§ 675 et 676, p. 154). D'après eux, l'art. 883 doit être borné aux relations des copartageants entre eux et ne peut régir leurs rapports avec les tiers. Dans ce système, le legs portant sur une chose indivise serait toujours valable, quelle que soit l'issue du partage, mais il ne vaudrait jamais que pour la quote-part que le testateur avait dans la chose indivise au jour où il testait. Comp. Caen, 4 juin 1825, Dalloz, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs, n° 3772; Lyon, 4 juill. 1873, D. 74. 5. 526.

§ 6. — *Difficultés relatives aux dispositions en usufruit.*

* **2809. Exposé théorique.** — De graves difficultés s'élèvent dans la pratique relativement aux legs en usufruit; les legs de cette sorte sont fréquents, et fréquemment aussi ils portent sur l'universalité des biens ou sur une quote-part de l'universalité. On se demande alors si on doit les considérer comme des legs universels ou à titre universel.

A mon sens, la répartition des legs en trois classes est faite par la loi d'*après l'étendue du legs*, c'est-à-dire d'après la quantité de choses sur lesquelles il porte, et *non d'après la nature du droit conféré au légataire*. Il en résulte que les legs devraient être classés sans distinguer s'ils sont faits en pleine propriété, en nue propriété, ou en usufruit. Tout le monde l'admet pour les legs en nue propriété (Cass., 3 déc. 1872, D. 73. 1. 233, S. 72 1. 73). Quant aux legs en usufruit, la question semble résolue par la loi elle-même dans les art. 610 et 612, dont le vote est postérieur à celui des art. 1003 à 1013, qui avaient subdivisé en deux classes les legs universels[1]. Or, les art. 610 et 612, qui parlent en termes distincts et très exacts du legs universel et du legs à titre universel, appliquent formellement ces dénominations aux legs d'usufruit. Le même langage se remarque dans l'art. 942 C. proc. civ. Cela est d'autant plus probant que c'est la tradition certaine de notre droit[2].

* **2810. Doctrine.** — En grande majorité, les auteurs pensent qu'*un legs en usufruit ne peut jamais être qu'un legs particulier*. Ils admettent d'abord que l'usufruit de la *totalité* des biens ne peut jamais être un legs

[1] Le titre « Des donations et testaments » a été voté en mai 1803; le titre « De l'usufruit » en janvier 1804.

[2] Voyez ce que dit Pothier de la douairière, dont il considère l'usufruit comme un titre universel qui l'oblige au paiement des dettes (*Coutume d'Orléans*, introd. au titre XII, n°s 46 et 47; *Traité du douaire*, n° 5.). Comparez ce qu'il dit du don mutuel (*Donations entre mari et femme*, n°s 222 et suiv.).

universel, parce qu'il manquera toujours quelque chose au légataire, à savoir le droit de propriété ; si le legs de la nue propriété de tous les biens est un legs universel, c'est que le légataire a la certitude d'obtenir un jour l'usufruit[1].

Quant au legs de l'usufruit d'une *quotité* des biens, ils décident qu'il ne peut jamais être un legs à titre universel par la raison très simple qu'il ne figure pas dans l'énumération limitative de l'art. 1010, et ils expliquent les art. 610 et 612 en disant que c'est une simple application de la maxime « Bona non sunt nisi deducto ære alieno »[2]. Voyez DEMOLOMBE, t. XXI, nos 586, et les auteurs qu'il cite.

***2811. Jurisprudence.** — La Cour de cassation a toujours maintenu l'idée traditionnelle d'après laquelle les legs d'usufruit peuvent être autre chose que des dispositions à titre particulier, mais elle décide en même temps que l'usufruit de l'universalité des biens ne peut pas constituer un legs universel proprement dit, mais seulement un legs à titre universel. La jurisprudence de la Chambre civile est constante en ce sens depuis 1827 (7 août 1827, D. 27. 1. 461, S. 27. 1. 441 ; 19 juin 1895, D. 95. 1. 470, S. 95. 1. 336)[3]. Dans le même sens Orléans, 7 juill. 1906, D. 1908. 2. 345, S. 1907. 2. 121 ; Cass., 29 juin 1910, D. 1911. 1. 49.

En opposition avec cette jurisprudence, un certain nombre de Cours d'appel jugent, conformément à l'opinion qui prévaut en doctrine, que les legs d'usufruit sont tous des legs particuliers, quelle qu'en soit l'étendue (Amiens, 15 nov. 1892, D. 93. 2. 314. — Liste d'arrêts antérieurs dans D. 95. 1. 471, notes, col. 1).

Parmi les conséquences pratiques qu'amène le système de la Cour de cassation, signalons celle-ci : le légataire d'un usufruit universel ou à titre universel a droit aux fruits et revenus à compter du jour du décès s'il forme sa demande dans l'année, contrairement à ce que décident presque tous les auteurs qui ne lui donnent les fruits qu'à compter de sa demande, comme à un légataire particulier. La question a également de l'intérêt au point de vue du retrait successoral ; voyez l'arrêt précité de la Cour d'Orléans, du 7 juill. 1906 et la note de M. Wahl.

[1] Ce raisonnement tombe à côté de la question : il ne s'agit pas de savoir si le légataire a *le droit* de propriété *entier*, mais si son droit, quel qu'il soit, est de nature à porter sur l'*universalité des choses* qui composeront le patrimoine du testateur au jour de son décès.

[2] Raisonnement sans valeur encore, car si l'énumération de l'art. 1010 est limitative, c'est seulement en tant qu'elle détermine la liste des *quotités* ou *fractions* qui pourront être considérées comme des universalités, mais le texte ne précise nullement la nature du droit conféré au légataire. Il est sous-entendu que c'est la propriété, mais le démembrement de ce droit en nue propriété et en usufruit doit donner deux legs universels ou à titre universel comme le serait un legs unique du droit total ; les parties ont nécessairement la même nature que l'ensemble.

[3] La première décision a été rendue en 1827 pour refuser la saisine au légataire universel d'usufruit. On pouvait y arriver sans faire descendre son legs dans la classe inférieure des legs à titre universel ; il suffisait pour cela de remarquer que le système primitif des auteurs du Code avait été de refuser toujours la saisine aux légataires universels, et qu'ils ne s'étaient résignés à la lui accorder que dans le cas où il serait seul appelé à la succession à l'exclusion de tout héritier du sang (ci-dessus, n° 2754). Or le legs d'usufruit laisse toujours la nue propriété dans l'hérédité, donc le légataire, n'étant pas seul appelé, ne doit pas être saisi. Sur les autres intérêts que présente la controverse, voyez DALLOZ, *Suppl.*, v° Dispositions entre vifs, n° 963.

§ 7. — *Des exécuteurs testamentaires.*

A. — Généralités.

***2812. Définition.** — On appelle « exécuteur testamentaire » *un mandataire choisi par le défunt pour assurer l'exécution de son testament.*

Bibliographie. — Auffroy, *L'évolution du testament en France*, thèse, Paris, 1899. — Caillemer. *Origine de l'exécution testamentaire.* — Ch. Mantel. *Des exécuteurs testamentaires*, thèse, Paris, 1901. — Théry, même sujet, thèse, Paris, 1905. — Guot, même sujet, thèse, Paris, 1914.

2813. Utilité. — Régulièrement ce sont les héritiers ou les légataires universels qui sont chargés d'exécuter les dernières volontés du défunt, par exemple pour la construction de son tombeau, ou pour les legs pieux qu'il a pu faire, soit pour être distribués aux pauvres, soit pour faire dire des messes à son intention. Mais le testateur peut craindre que les héritiers n'y mettent quelque négligence ou même de la mauvaise volonté : il en charge alors une autre personne sur laquelle il compte pour une exécution plus exacte ou plus sûre.

Cette pratique s'est développée dans notre ancien droit ; elle était inconnue du droit romain. Sur la façon dont l'exécution testamentaire s'est peu à peu constituée, voyez la thèse précitée de M. Auffroy. Sur l'emploi qui s'en fait pour échapper au partage judiciaire, voir thèse Guyot précitée, n° 115, et la note sous Lyon, 21 mai 1896, D. 96. 1. 2. 273.

L'insuffisance de cette institution est manifeste pour remplir les vues de bien des testateurs ; il est possible d'y suppléer par d'autres moyens en choisissant une personne sûre et en l'instituant légataire universel après lui avoir donné des instructions. Voyez l'affaire Durand-Gasselin relative à une succession considérable destinée à être employée en œuvres utiles au profit de la ville de Nantes et de sa région (Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 1. 302) et les observations de M. Perreau, *Revue critique*, février 1904.

***2814. Caractères spéciaux.** — Ce mandat posthume diffère sur plusieurs points du mandat ordinaire qui se donne entre vifs :

1° *La mort du mandant n'y met pas fin* : c'est elle au contraire qui lui donne ouverture.

2° *Il ne peut être conféré que par testament.* Ceci résulte des traditions et de l'ensemble des textes actuels, qui supposent toujours que le mandant est un « testateur ». Voyez Aix, 30 déc. 1907, P. et S. 1910. 2. 113, qui admet la nomination de l'exécuteur testamentaire dans une *lettre missive*, datée et signée, mais ne contenant aucun legs. Comp. ci-dessus, n° 2693-2°.

3° *Il ne peut être accepté par un incapable.* Voyez le n° suivant.

Mais il ressemble au mandat ordinaire en ce qu'il cesse par la mort du mandataire : la fonction d'exécuteur testamentaire est *intransmissible* (art. 1032).

2815. Qui peut être exécuteur testamentaire. — Pour être exécuteur testamentaire, il faut être *capable de s'obliger* (art. 1028). Ceci déroge au droit commun, car le mandat ordinaire peut être donné à des femmes et à des mineurs émancipés (art. 1990). Le motif de cette décision exceptionnelle est tout simplement que l'exécution testamentaire impose des obligations assez rigoureuses à celui qui l'accepte. Les passages de Pothier auxquels les articles actuels ont été empruntés, ne laissent aucun doute à cet égard (*Donations testamentaires*, n°s 207 à 210).

Comme conséquence de l'art. 1028, l'art. 1030 décide que le mineur, fût-il émancipé, ne peut être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur. Mais l'art. 1029 permet aux femmes mariées d'accepter l'exécution testamentaire avec l'autorisation de leurs maris, sans faire de distinction entre les femmes séparées de biens et les autres.

L'art. 311 nouveau, modifié par la loi du 8 juin 1893, qui a rendu à la femme séparée de corps la pleine capacité civile, lui permet indirectement d'accepter cette fonction sans l'autorisation de personne.

B. — Saisine de l'exécuteur testamentaire.

2816. Ancien droit. — Pour l'accomplissement de son mandat, les coutumes accordaient la saisine à l'exécuteur testamentaire. Dans la plupart des coutumes cette saisine ne portait que sur le mobilier (Paris, art. 217); quelques-unes (Orléans, art. 290) le saisissaient même des héritages de la succession. Partout cette saisine était temporaire et durait seulement l'an et jour (Pothier, *Donations testamentaires*, nos 212 et 213).

***2817. Système du Code.** — D'après le Code civil, la saisine n'a jamais lieu de plein droit : l'art. 1026 autorise seulement le testateur à la conférer à son exécuteur testamentaire.

Pour le reste, le Code conserve les solutions du droit commun coutumier; la saisine ne peut se prolonger au delà de l'an et jour à compter du décès, et elle ne peut porter que sur les meubles. L'opinion de Delvincourt (édit. de 1824, t. II, p. 273 des notes), qui autorisait le testateur à donner à ses exécuteurs la saisine même pour les immeubles, est aujourd'hui abandonnée. — Même sur le mobilier, le testateur peut n'accorder la saisine que pour partie (art. 1026).

2818. Concession tacite de la saisine. — Bien que l'art. 1026 n'exige pas une clause spéciale et formelle contenant la concession de la saisine, il semble bien que cette clause est nécessaire, car le texte ajoute dans l'al. 2 : « S'il [le testament] ne la leur a pas donnée, ils [les exécuteurs testamentaires] ne pourront l'exiger ». Cependant il est admis en pratique que la saisine peut être conférée tacitement à l'exécuteur : par exemple quand le testateur l'a chargé de délivrer certains meubles aux légataires qui doivent les recevoir (Pau, 13 juin 1890, D. 91. 2. 151).

2819. Cas où le testateur laisse des héritiers à réserve. — On s'est demandé si le testateur pouvait alors conférer la saisine à ses exécuteurs. L'affirmative est généralement adoptée (Demolombe, t. XXII, no 51; Laurent, t. XIV, no 340. — Voyez cependant Aubry et Rau, t. VII, § 679, p. 165, et § 711, note 28). C'était déjà la solution admise dans l'ancien droit, et si les héritiers réservataires se jugent lésés, ils peuvent user du moyen que leur offre l'art. 1027 pour faire cesser la saisine des exécuteurs.

***2820. Effet de la saisine.** — La saisine des exécuteurs testamentaires est compatible avec celle que la loi accorde aux héritiers ou légataires universels. Nos anciens auteurs disaient que cette saisine n'était pas une vraie possession, et que l'exécuteur était simplement constitué séquestre pour posséder au nom de l'héritier, seul possesseur véritable de tous les biens de la succession (Pothier, *Donations testamentaires*, no 212)[1].

[1] Comp. Dumoulin : « Hæc consuetudo non facit quin heres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest manum ponere et apprehendere... et etiam executor non est verus possessor, nisi procurator tantum » (sur l'art. 59 cout. de Paris).

La saisine ne donne donc qu'une *possession de fait,* à titre de mandataire ou de séquestre. Elle permet à l'exécuteur de *prendre possession des meubles* et l'autorise à *refuser de s'en dessaisir au profit des héritiers,* quand le testateur a ordonné leur remise à autrui ou leur destruction, par exemple pour ses papiers intimes (Cass., 11 juin 1890, D. 90. 1. 324, S. 90. 1. 472).

Elle ne peut d'ailleurs porter que sur les meubles ayant appartenu au défunt, et ne s'étend pas aux fruits et revenus produits après le décès par les immeubles de la succession. Elle ne permet pas à l'exécuteur testamentaire d'exercer des actions en justice contre les débiteurs du défunt (Paris 8 févr. 1913, D. 1915. 2. 72, P. et S. 1912. 2. 287).

* **2821. Durée de la saisine.** — La saisine de l'exécuteur ne peut durer plus d'*un an et un jour*; il ne dépend pas du testateur d'en prolonger la durée (Pau, 7 déc. 1861, D. 63. 5. 164, S. 62. 2. 257). — Ce délai a pour point de départ *le jour du décès* (art. 1026). Toutefois on admet, conformément à la tradition, qu'une circonstance exceptionnelle telle que la découverte tardive du testament ou un procès sur la validité, qui aura empêché l'exécuteur de remplir sa mission, aurait pour effet de retarder le cours du délai (Paris, 22 juill. 1901, D. 1907. 2. 235). C'était déjà la solution de l'ancien droit (Pothier, *Donations testamentaires,* n° 231).

La saisine prend fin avant l'an et jour, qui est son terme légal, dans deux cas ;

1° Si le testateur l'a bornée à un temps plus court.

2° Si les héritiers remettent[1] à l'exécuteur une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers ou s'ils justifient de ce paiement (art. 1027).

Elle cesse encore tout naturellement par l'*achèvement du mandat* ou par *la mort de l'exécuteur,* ses fonctions ne passant pas à ses héritiers (art. 1032). En outre, quand sa mission n'est pas achevée à l'expiration de l'année, il est possible de nommer un administrateur judiciaire pour le remplacer (Cass., 10 févr. 1903, D. 1904. 1. 113).

C. — Fonctions des exécuteurs testamentaires.

1° Exécuteurs munis de la saisine.

2822. Apposition des scellés. — Cette formalité n'est requise par la loi qu'autant qu'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents (art. 1031). De droit commun l'apposition des scellés n'est pas nécessaire quand l'héritier mineur est pourvu d'un tuteur (art. 911 C. proc. civ.). Ici le texte l'impose sans distinction.

2823. Inventaire. — L'inventaire est exigé dans tous les cas par l'art. 1031, quels que soient l'âge et la qualité des héritiers. L'inventaire doit être fait en présence de l'héritier présomptif ou lui dûment appelé (*ibid.*).

[1] Le texte porte : « offrent de remettre » ; il est évident qu'une simple offre verbale ne suffirait pas pour enlever la saisine à l'exécuteur testamentaire ; il faut une *offre réelle,* mais il ne dépend pas de l'exécuteur de s'y refuser ; il est obligé d'accepter l'offre qui lui est faite.

***2824. Vente des meubles.** — Si le numéraire existant dans la succession ne suffit pas pour acquitter les legs de sommes d'argent, l'exécuteur doit « provoquer » la vente du mobilier (art. 1031). Il ne lui est donc pas permis de vendre à l'amiable. On admet d'ailleurs que, s'il suffit de vendre une partie du mobilier, l'héritier a le droit de désigner les meubles qui devront être vendus, afin de conserver ceux qu'il préfère.

C. — Fonctions des exécuteurs testamentaires.

1° Exécuteurs munis de la saisine.

***2825. Vente des immeubles.** — Il n'en est pas question dans l'art. 1031, qui ne parle que de la vente du mobilier, et comme toute la matière de l'exécution testamentaire est exceptionnelle, on devrait en conclure que le testateur ne peut conférer à son exécuteur le pouvoir de vendre ses immeubles : le droit de vendre n'appartient qu'au propriétaire, et à partir du décès, ce n'est plus le défunt, c'est l'héritier qui a la propriété. Cela est décisif. Cependant la jurisprudence admet cette extension des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, même au cas où il existe un mineur parmi les légataires, pourvu que ce ne soit pas un héritier réservataire du testateur (Cass., 8 août 1848, D. 48. 1. 188, S. 49. 1. 66 ; Cass., 17 avril 1855, D. 55. 1. 201, S. 56. 1. 253 ; Metz, 13 mai 1869, D. 69. 2. 192, S. 70. 2. 20 ; Paris, 22 juill. 1901, D. 1907. 2. 385). Cette solution est d'autant plus extraordinaire qu'elle est contraire à la jurisprudence ancienne (Ferrière, *Compilation,* sur l'art. 297, t. III, p. 340). Elle est néanmoins suivie par la grande majorité de la doctrine (Demolombe, t. XXII, n°s 91 et suiv. ; Aubry et Rau, t. VII, § 711, p. 450). Cette jurisprudence offre le grand avantage d'éviter les frais du partage judiciaire, mais elle ne va point sans protestations, surtout de la part des avoués (Boistel, note D. 1907. 2. 385 ; Guyot, *L'exécution testamentaire,* n° 116, et n°s 45 à 50).

***2826. Paiement des legs mobiliers.** — C'est la mission principale de l'exécuteur testamentaire ; c'est lui qui doit délivrer aux légataires les objets ou sommes qui leur ont été légués. Il semble donc que la demande en délivrance de ces legs doive être dirigée contre lui. Quelques auteurs prétendent cependant qu'une telle action serait irrégulièrement intentée et qu'elle doit être formée contre l'héritier à raison de la saisine légale qui lui reste ; mais on ne voit pas ce que serait une demande en délivrance dirigée contre quelqu'un qui n'a pas qualité pour délivrer le legs.

N'ayant pas la saisine des immeubles, l'exécuteur testamentaire n'a pas à s'occuper de la délivrance des legs immobiliers.

2827. Exécution des autres clauses du testament. — L'art. 1031 charge l'exécuteur testamentaire, d'une manière générale, de « veiller à ce que le testament soit exécuté », ce qui implique le pouvoir d'exercer au besoin une *action en justice* pour contraindre celui qui est tenu par le testament à faire quelque chose. Cette disposition est très large. Elle reçoit

son application notamment quand le défunt a exprimé sa volonté sur le lieu et le mode de sa sépulture. sur la construction d'un monument, etc. : ou encore quand il a donné l'ordre de détruire des papiers ou des objets lui appartenant (Cass., 11 juin 1890, D. 90. 1. 324, S. 90. 1. 472). — Cette mission suffit pour justifier la nomination d'un exécuteur testamentaire, d'où l'on conclut qu'il n'est pas nécessaire que le testament qui le nomme contienne des legs.

2828. Pouvoirs additionnels. — Aux pouvoirs indiqués dans la loi, le testateur peut en ajouter d'autres. On a déjà vu qu'il peut conférer à ses exécuteurs le pouvoir de vendre ses immeubles (ci-dessus, n° 2825). La jurisprudence ne met aucune limite aux pouvoirs spéciaux que le testateur peut juger utiles pour l'exécution de ses volontés. Il peut, par exemple, leur permettre de donner mainlevée de toutes inscriptions hypothécaires, même avant paiement et sans l'intervention des héritiers ou légataires universels (Trib. civ. de Lille, 19 mai 1892, D. 93. 2. 341). — Voyez aussi pour les legs aux pauvres, n° 2996 *in fine*.

***2829. Actions relatives à la validité du testament.** — En cas de contestation sur le testament, l'exécuteur peut intervenir pour en soutenir la validité (art. 1031). Sur ce droit d'intervention, voyez Cass., 15 avril 1867, D. 67. 1. 294, S. 67. 1. 207. Il se prolonge même après que son mandat est fini et le testament exécuté (Paris, 16 mars 1899, D. 1900. 2. 132).

Malgré la formule absolue de la loi, il a été jugé que l'exécuteur testamentaire n'avait pas qualité pour plaider sur la nullité d'une condition mise à un legs universel (Lyon, 15 mars 1854, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 71, note 2. S. 25. 2. 424).

2° Exécuteur dépourvus de la saisine.

***2830. Réduction de leur mission.** — En principe l'exécuteur testamentaire a toujours la même fonction à remplir. Toutefois, quand la saisine ne lui est pas conférée, il ne peut être chargé de l'exécution des legs, non plus que de la vente des biens. Sa mission se borne alors à deux choses ; 1° *la surveillance de l'exécution du testament* ; 2° *la défense en justice de sa validité,* si elle est contestée.

Toutefois on reconnaît que l'apposition des scellés, quand il y a lieu, et l'obligation de faire inventaire s'imposent à l'exécuteur testamentaire, qu'il ait ou non la saisine.

Quand la saisine lui manque, l'exécuteur testamentaire ne rend donc que des services amoindris : d'exécuteur qu'il doit être d'après son titre, il est réduit au rôle de surveillant, et cela fait regretter que le Code n'ait pas conservé l'ancien système qui considérait la saisine spéciale dont il était investi comme inhérente à ses fonctions.

3° Pluralité d'exécuteurs testamentaires.

2831. Distinction à faire. — Le testateur peut nommer plusieurs exécuteurs testamentaires (art. 1025). S'il a *divisé leurs fonctions*, chacun d'eux doit se renfermer

dans celles qui lui sont attribuées (art. 1033). Chacun n'est responsable que de lui-même.

Si cette division n'a pas été faite, chacun d'eux peut agir seul ; il n'a pas besoin du consentement ou de l'assistance des autres ; mais il y a *solidarité* entre eux (même art.). C'est un cas de solidarité légale établi pour mieux garantir les héritiers. Cette solidarité n'existe d'ailleurs que pour le *compte du mobilier* qui leur a été *confié*. Il résulte de cette formule que la solidarité n'a plus d'objet quand les exécuteurs testamentaires n'ont pas la saisine.

D. — Compte de l'exécuteur testamentaire.

2832. Restitution du mobilier et responsabilité de l'exécuteur. — A la fin de sa mission, l'exécuteur testamentaire doit rendre ses comptes (art. 1031 *in fine*). A ce moment la saisine cesse, si l'exécuteur en était investi ; le mobilier restant doit être restitué aux héritiers ou légataires universels. Si l'exécuteur a commis quelque faute pendant sa gestion, soit dans la garde des meubles qui lui étaient confiés, soit dans l'exécution des legs dont il était chargé, il en est responsable envers qui de droit, et pour apprécier l'étendue de sa responsabilité on lui applique les art. 1991 et 1992 relatifs au mandataire.

2833. Dispense de rendre compte. — Le testateur peut-il dispenser son exécuteur de l'obligation de rendre compte ? Non, très certainement quand il y a des héritiers à réserve ; mais au cas où il n'y a point de réservataires, la jurisprudence considère cette dispense comme valable (Nîmes, 23 mai 1865, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 262, note 1, S. 65. 2. 285). Elle se fonde sur ce que le testateur serait libre d'allouer à son exécuteur le reliquat du mobilier à titre de rémunération. L'héritier est donc réduit à réclamer le reliquat avoué par l'exécuteur. Cette jurisprudence est combattue par quelques auteurs, parce qu'elle peut couvrir des actes de mauvaise foi, en permettant à l'exécuteur de s'approprier des valeurs qui ne lui ont point été léguées. Mais ne peut-on pas répondre qu'en accordant cette dispense, le testateur envisage nécessairement la possibilité d'un profit pour celui qu'il a choisi comme exécuteur de son testament ?

***2834. Gratuité de la fonction.** — En principe la mission d'exécuteur testamentaire est gratuite ; il ne lui est pas permis de réclamer un salaire. C'est du reste une fonction qui ne s'impose pas et qu'on est toujours libre de refuser. Il est même possible d'y renoncer après l'avoir acceptée, pourvu qu'on ne le fasse pas à contre-temps et de mauvaise foi (art. 2007).

Il est d'usage cependant que le testateur fasse un legs particulier à l'exécuteur testamentaire, pour le récompenser de sa peine et de ses soins. Sauf interprétation de volonté contraire de la part du testateur, ce legs ne peut être réclamé par l'exécuteur qu'autant qu'il a accepté et rempli entièrement sa mission.

2835. Frais de l'exécution testamentaire. — Tous les frais que l'exécuteur a pu être obligé de faire (apposition de scellés, inventaire, ventes, comptes, etc.) sont à la charge de la succession (art. 1034). Par conséquent, s'il en fait l'avance, le remboursement lui en est dû.

§ 8. — *De la révocation et de la caducité des testaments.*

2836. Observation préliminaire. — Il ne faut pas confondre les cas de *révocation* ou de *caducité* avec les causes de *nullité*. Quand il y a nullité, le testament est privé de valeur *dès le jour où il est fait*, et à quelque époque que survienne la mort du testateur, il ne produira aucun effet. La révocation et la caducité supposent au contraire un testament valable à l'origine et susceptible de produire tous ses effets, et qui tombe *en vertu d'une cause postérieure*. Si cette cause vient de la volonté du tes-

tateur, il y a révocation ; si c'est une cause étrangère, telle que le prédécès du légataire, il y a caducité.

A. — Révocation volontaire par le testateur.

****2837. Définition.** — La révocation est *la suppression d'un legs valablement fait, par un retour de volonté du testateur.*

Cette révocation est toujours possible : le testament est un acte *essentiellement révocable,* et le testateur ne peut pas se priver lui-même de la liberté que la loi lui laisse dans ce but. Les *clauses dérogatoires,* qu'on employait jadis pour rendre un testament irrévocable (Pothier, *Donations testamentaires,* n° 304 ; Domat, *Loix civiles,* liv. III, titre I, sect. 5), ont été supprimées par l'ordonnance de 1735, art. 76, et la révocabilité perpétuelle du testament est aujourd'hui consacrée par l'art. 895.

1° Formes de la révocation.

***2838. Distinction.** — La révocation peut être *expresse* ou *tacite.* La révocation expresse peut être contenue soit *dans un acte testamentaire,* soit *dans un acte notarié ordinaire.*

***2839. Révocation expresse par acte testamentaire.** — La déclaration révoquant un testament antérieur peut être contenue dans *un acte revêtu des formes du testament* (art. 1035). Ce n'est pas tout à fait ce que dit le texte actuel, qui parle d'un « testament postérieur », mais il est reconnu que cet acte révocatoire n'a pas besoin d'être lui-même un testament et de contenir des legs ; il suffit qu'il soit fait dans la forme testamentaire. Le texte du projet de l'an VIII (Fenet, p. 294, art. 124) le disait clairement et la rédaction actuelle n'a pu avoir pour but de rendre la révocation plus difficile ; il serait puéril d'obliger le testateur à faire un legs de vingt sous pour révoquer son testament (Bordeaux, 5 mai 1879, D. 81. 2. 144, S. 79 2. 216). Mais il faut tout au moins que cet acte soit *valable en la forme,* et notamment qu'il soit *daté,* si le testateur a employé la forme olographe (Cass., 10 janv. 1865, D. 65. 1. 185, S. 65. 1. 118).

Conséquence. — La révocation étant valable par un acte fait dans la forme des testaments, sans que cet acte ait besoin de contenir de nouvelles dispositions de dernière volonté, il en résulte que la révocation est opérée quand elle est contenue dans un testament proprement dit, quoique ce testament ne produise pas d'effets. Ainsi le nouveau légataire répudie le legs, ou bien il est incapable de le recevoir ; le second testament est comme non avenu, mais le testament antérieur n'en demeure pas moins révoqué (art. 1037)[1].

[1] Il est permis de regretter que la loi, établissant une présomption absolue, ait tranché elle-même la question au lieu de la laisser résoudre par les juges du fait d'après les circonstances. N'est-il pas évident que le testateur a pu subordonner la révocation de ses premières dispositions à l'exécution de celles qu'il leur substitue ? Sa volonté, formellement exprimée sur ce point, devrait certainement être suivie ; pourquoi n'en pas tenir compte quand elle est impliçite ? — Tout au moins faut-il considérer l'art. 1037 comme une disposition exceptionnelle et ne pas l'étendre au cas où le nouveau testament est entièrement nul comme entaché de substitution prohibée (Cass., 18 déc. 1894, D. 95. 1. 119, S. 95. 1. 125).

Aux cas d'incapacité ou de répudiation prévus par ce texte, il faut assimiler le cas de prédécès du légataire.

Observation. — Quelle que soit la forme du testament antérieur, on peut employer pour le révoquer l'une quelconque des formes dans lesquelles la loi permet de tester; il n'est pas besoin d'employer celle dont on s'est servi la première fois. Ainsi un testament authentique peut être révoqué par un acte fait dans la forme des testaments olographes.

2840. Révocation par acte notarié. — Pour donner plus de facilité au testateur qui veut révoquer ce qu'il a fait, la loi lui permet de faire dresser un acte notarié *dans la forme ordinaire* contenant la déclaration de son changement de volonté. On n'a pas besoin d'observer les formalités exceptionnelles des testaments authentiques (art. 1035). Toutefois, la révocation d'un testament est un des rares actes pour lesquels la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires est exigée (L. 21 juin 1843, art. 2; L. 12 août 1902, art. 9).

Question. — La disposition de l'art. 1035 a fait naître une difficulté. Un testateur, en faisant dresser un testament authentique, déclare révoquer un testament antérieur. Il se trouve que le nouveau testament est nul, par exemple parce que les témoins n'ont pas assisté à la dictée du testateur. Que devient la révocation? Peut-on la considérer comme subsistante parce qu'elle est contenue dans un acte notarié de forme ordinaire? La Chambre des requêtes a répondu négativement (Cass., 10 avril 1855, D. 55. 1. 145, S. 55. 1. 321). Quand le testateur a choisi la forme dans laquelle il veut opérer la révocation de son testament, il faut que l'acte qui la contient soit valable d'après sa nature particulière. Comp. Demolombe, t. XXII, nos 154 et 155, Comp. Cass., 29 janv. 1908, P. et S. 1911. 1. 502.

2841. Révocation conditionnelle. — Le testateur, prévoyant que ses dispositions pourront être attaquées par ses héritiers ou ses légataires, prononce souvent la déchéance des libéralités qu'il leur a faites, espérant les empêcher ainsi de demander la nullité de son testament. Cette clause de déchéance conditionnelle est valable ou nulle, selon que les droits auxquels elle porte atteinte sont d'intérêt privé ou touchent à l'ordre public (Cass., 4 mai 1903, D. 1904. 1. 244). Pour plus de détails, voyez ci-dessus, no 2747).

2842. Interprétation des révocations expresses. — Malgré leurs formules absolues, par lesquelles les testateurs déclarent révoquer toutes les dispositions antérieures, les révocations expresses sont susceptibles d'être interprétées, et certaines dispositions de date plus ancienne peuvent parfois être maintenues. Voyez-en des exemples dans Cass., 5 juill. 1858, D. 58. 1. 385, S. 58. 1. 577; Cass., 10 juill. 1860, D. 60. 1. 454, S. 60. 1. 708; Cass., 17 nov. 1880, D. 81. 1. 180, S. 81. 1. 249.

***2843. Révocation tacite.** — Celle-ci résulte de tout acte qui implique un changement de volonté. Les cas où elle a lieu sont les suivants :

1° Rédaction d'un nouveau testament contraire. — En principe la rédaction d'un second testament ne révoque pas les libéralités contenues dans un testament antérieur. Notre droit n'admet plus la règle du droit romain, d'après lequel le premier testament se trouvait *ruptum* par cela seul qu'un second avait été rédigé [1]. Pour que les dispositions du premier testament se trouvent révoquées par celles du second, il faut qu'il y ait *incompatibilité*

[1] En droit romain, le testament réglait nécessairement la succession entière du testateur. Il en résultait que la rédaction d'un second détruisait nécessairement le premier; mais en France on n'admet plus la maxime : « Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest » ; un testament peut porter sur une partie seulement des biens de celui qui le fait. Par suite, plusieurs testaments successifs peuvent s'exécuter simultanément.

entre elles (art. 1036)[1]. Ainsi celui qui avait d'abord légué à un ami la *pleine propriété* d'un bien et qui lui en lègue ensuite l'*usufruit*, est réputé révoquer son premier legs en ce qui concerne la nue propriété.

La révocation tacite par la rédaction d'un second testament contraire au premier, a lieu même si le second legs est nul comme fait à un enfant adultérin (Cass., 16 juill. 1906, D. 1906. 1. 367, P. et S. 1909. 1. 387).

Il y a des cas où la révocation tacite est douteuse. Ainsi après avoir légué un bien à Pierre, le testateur lègue tous ses biens à Paul : il est possible qu'il ait entendu révoquer le premier legs; il est possible aussi qu'il ait voulu le maintenir : c'est une question d'interprétation de volonté que les juges du fait apprécient souverainement (Cass., 3 avril 1889, D. 89. 1. 461, S. 89. 1. 312). Comme exemples particuliers, voyez Rouen, 16 nov. 1875, D. 76. 2. 154, S. 76. 2. 47; Trib. Versailles, 7 janv. 1870, D. 70. 3. 85, S. 71. 2. 77.

Il est admis qu'il n'est pas besoin d'une incompatibilité matérielle et absolue, et qu'une incompatibilité purement morale et intentionnelle suffit. Longue jurisprudence (voyez Cass., 23 juillet 1868, D. 68. 1. 495, S. 69. 1. 115; Cass., 13 juin 1883, D. 84. 1. 159, S. 84. 1. 377). Voyez un exemple de révocation par simple prétérition du legs précédent dans le testament nouveau, dans Bourges, 19 janv. 1880, D. 80. 2. 183. Voyez cependant Cass., 4 juin 1867, D. 67. 1. 331, S. 67. 1. 235.

Beaucoup de difficultés naissent en pratique de la rédaction successive de plusieurs testaments instituant chacun un légataire universel différent. L'institution d'un nouveau légataire universel ou à titre universel ne détruit pas nécessairement la vocation du premier et peut établir seulement un concours entre eux (Cass., 7 juill. 1886, D. 87. 1. 75, S. 88. 1. 155). Toutefois il y a là avant tout une question d'intention et il pourrait être admis que le second legs annule le premier (Besançon, 9 mars 1881, D. 81. 2. 185; Cass., 21 nov. 1888, D. 89. 1. 181, S. 89. 1. 55). Il y a moins de doute lorsque le premier testament ne contenait que des legs particuliers : l'institution d'un légataire universel par un testament postérieur laisse subsister les legs particuliers précédemment faits (Limoges, 13 mai 1867, D. 67. 2. 81, S. 67. 2. 314; Trib. Seine, 4 mars 1869, D. 69. 3. 66).

2° Aliénation des objets légués. — La révocation tacite peut encore résulter de l'aliénation entre vifs des choses qui faisaient l'objet du legs (art. 1038). Toute aliénation entraîne révocation, *même si elle n'est pas définitive,* si elle est faite par exemple avec faculté de *rachat* (réméré), et pourtant l'aliénateur pourra reprendre sa chose, et s'en trouver encore propriétaire au jour de son décès ; le legs demeurera néanmoins révoqué. L'effet est le même si le bien aliéné rentre aux mains du testateur par suite d'une *annulation* (Cass., 25 avril 1887, D. 88. 1. 169, S. 87. 1. 320). L'art. 1038 s'explique formellement à cet égard pour trancher des controverses qui s'étaient élevées dans l'ancien droit. En d'autres termes, c'est la simple *volonté d'aliéner* qui vaut révocation ; peu importe le sort ultérieur de l'aliénation, du moment où le testateur a manifesté l'intention de révoquer le legs.

Il résulte de là :

1° Que si l'aliénation a été faite *sous condition suspensive*, le legs n'est pas révoqué

[1] Le texte parle des dispositions du premier testament « incompatibles avec les nouvelles *ou qui y seront contraires* ». — Ce dernier membre de phrase est un pléonasme qui n'ajoute rien à l'idée.

tant que la condition est pendante, parce que l'intention d'aliéner est encore *conditionnelle* ; il le sera réellement quand la condition se réalisera ;

2° Que la révocation n'a pas lieu lorsque l'aliénation se fait *sans la volonté du testateur*, par exemple quand il y a eu expropriation pour cause d'utilité publique ou que, le testateur ayant été interdit, l'aliénation a été faite par son tuteur ; mais le légataire n'en est pas plus avancé pour cela, car le legs est devenu *caduc*.

Observations. — Ce mode de révocation ne s'applique qu'aux legs particuliers de corps certains. Les legs universels ne sont pas révoqués par des aliénations partielles ; le bénéfice en est seulement diminué. Même si le testateur avait vendu tous ses biens à rente viagère, le légataire universel pourrait encore réclamer les biens et valeurs qu'il aurait acquis dans la suite.

Une aliénation partielle, comme le démembrement du domaine légué ou une constitution de servitude, n'entraîne qu'une révocation partielle.

La création d'une hypothèque n'étant pas une aliénation de la chose, ne révoque pas le legs ; elle expose seulement le légataire à une chance d'éviction, si la dette hypothécaire n'est pas éteinte du vivant du testateur.

3° Destruction matérielle de l'original. — C'est un mode très fréquent de révocation des testaments ; quand l'acte a été fait sous la forme olographe et que le testateur en a conservé la possession, il le déchire ou il le brûle, et les légataires n'ont plus aucun droit.

Ceci suppose que la destruction du testament est l'œuvre du testateur lui-même : s'il y avait eu perte fortuite ou destruction par un tiers, leur droit resterait entier, sauf les difficultés de la preuve ; il faudrait leur appliquer l'art. 1348, qui les autorise à faire la preuve de la destruction du testament et de son contenu par tous les moyens possibles. Malheureusement cette preuve ne peut presque jamais être fournie, et un très grand nombre de testaments olographes sont détruits par les héritiers, surtout dans les campagnes, sans qu'on ait pu jusqu'à ce jour trouver une combinaison qui protège suffisamment les légataires sans gêner la liberté des testateurs. Les formes solennelles dont le droit romain revêtait les testaments avaient du bon.

La révocation par lacération suppose en outre que la déchirure a été faite avec l'intention de détruire le testament. Ainsi on a vu un testateur déchirer une partie du papier contenant des dispositions particulières, alors que la partie conservée se suffisait à elle-même parce qu'elle présentait au recto la disposition principale, et au dos la signature et la date : il n'y avait pas révocation (Cass., 23 janv. 1888, D. 88. 1. 149, S. 88. 1. 78). Même situation si le testateur s'est borné à biffer ou raturer une partie du texte. Toutefois, s'il avait raturé un élément essentiel, comme la signature ou la date, l'acte entier serait nul. Comp. Nîmes, 8 janv. 1895, D. 95. 2. 357, S. 96. 2. 126.

2° Rétractation de la révocation.

***2844. Ses formes.** — La révocation elle-même n'est qu'une disposition de dernière volonté : en retirant à ses premiers légataires ce qu'il leur avait donné, il en dispose au profit de ses héritiers naturels ou au profit d'autres légataires. A ce titre elle est *elle-même révocable*, et sa rétractation, que la loi n'a pas prévue, peut être faite dans les formes prescrites par l'art. 1035. Ainsi le testateur pourra, à son choix, manifester son intention par un nouveau testament ou par un acte notarié ordinaire.

***2845. Ses effets.** — Quand la révocation est rétractée, le testament antérieur revit comme s'il n'avait jamais été révoqué (Rennes, 1er juill. 1879, D. 79. 2. 15, S. 79. 2. 117). Ceci suppose bien entendu que la révo-

cation a laissé subsister le testament dans sa teneur matérielle : il ne revivrait pas s'il avait été déchiré ou brûlé.

Des doutes se présentent dans la pratique quand la révocation était contenue dans un second testament contenant lui-même des dispositions expresses; le testateur a-t-il voulu revenir au premier en supprimant le second? ou les maintenir tous les deux en tant qu'ils ne sont pas incompatibles? ou revenir purement et simplement à la succession légale en supprimant ses deux testaments? Il y a là une question d'intention qui ne peut être décidée que d'après les circonstances (Cass., 20 juin 1883, D. 84. 1. 159, S. 84. 1. 377).

D. — Caducité des legs.

****2846. Définition.** — Un legs est dit *caduc* lorsqu'il reste sans effet bien qu'il ait été valablement fait et qu'il n'ait pas été révoqué. Les cas de caducité ne dépendent donc pas de la volonté du testateur. Ils sont indiqués dans les numéros suivants.

***2847. Prédécès du légataire.** — Le legs est caduc lorsque le légataire meurt avant le testateur (art. 1039). Les libéralités testamentaires sont *personnelles,* c'est-à-dire faites en vue d'une personne déterminée, et elles ne peuvent pas être recueillies par d'autres. Il est donc nécessaire que le légataire soit encore vivant au jour du décès du testateur pour que son droit au legs *s'ouvre* en sa personne (art. 1014). Une fois ouvert, son droit devient transmissible à ses propres héritiers ou autres ayants cause.

Caducité des legs conditionnels. — Si le legs a été fait *sous condition suspensive,* il devient encore caduc par la mort du légataire, quoique cette mort soit *postérieure à celle du testateur,* si elle arrive avant la réalisation de la condition qui suspendait le legs (art. 1040). Le droit conditionnel, qui résulte d'un legs dont la condition est encore pendante, n'est donc pas *transmissible aux héritiers.* Les legs sous condition suspensive sont très rares.

S'il s'agissait d'une *condition résolutoire,* le droit au legs serait ouvert dès le décès du testateur, sauf l'effet de la condition résolutoire si elle vient à se réaliser (Limoges, 28 juin 1892, D. 93. 2. 502 ; Cass., 10 avril 1894, D. 94. 1. 133).

Il y a parfois doute sur la nature de la modalité, qui se présente sous la formule d'une condition et qui n'est au fond qu'un simple *terme,* suspendant seulement l'*exécution du legs.* En ce cas on doit considérer le légataire comme ayant, dès le décès du testateur, un droit acquis et transmissible à ses héritiers (art. 1041). Comp. Paris, 24 févr. 1893, D. 93. 2. 353, S. 93. 2. 189.

2848. Incapacité du légataire. — Si cette incapacité était antérieure à la confection du testament, le legs serait *nul*; il est *caduc,* quand elle survient plus tard (art. 1043). Cette cause de caducité ne peut plus se présenter que dans un seul cas, la condamnation du légataire à une des *peines criminelles* qui emportaient autrefois la *mort civile,* et auxquelles la loi du 31 mai 1854 a attaché l'incapacité de recevoir à titre gratuit. Anciennement il fallait tenir compte également du cas où le légataire perdait la qualité de Français (art. 912).

***2849. Répudiation.** — La répudiation d'un legs le rend caduc (art

1043). Elle peut être *tacite*, il n'est pas nécessaire de la faire au greffe, même quand il s'agit d'un legs universel ; l'art. 784 n'est écrit que pour les successions légitimes.

La répudiation des legs ne peut être valablement faite qu'après le décès du testateur (Cass., 13 mai 1884, D. 84. 1. 468, S. 84. 1. 337), mais il n'est pas nécessaire que la condition qui suspend le legs soit déjà réalisée.

***2850. Défaillance de la condition suspensive.** — Lorsque le legs était subordonné à une condition, il est caduc lorsqu'il est devenu certain que cette condition ne pourra pas se réaliser.

2851. Perte de la chose. — La perte totale d'une chose léguée, survenue avant le décès du testateur, rend le legs caduc. Le droit du légataire s'éteint faute d'objet. La perte d'une construction n'empêche pas le legs de valoir pour le terrain. Il faut d'ailleurs supposer que la perte est survenue avant l'ouverture du legs. C'est par erreur que l'art. 1042 signale comme une cause de caducité la perte survenue après le décès du testateur. Cette perte empêche le légataire de réclamer une indemnité, quand elle a une cause fortuite, mais la preuve que le legs n'est pas caduc, c'est qu'il a produit son effet et que le légataire peut réclamer ce qui reste de la chose, accessoires ou débris.

La perte des choses matérielles est rare : mais voici un cas que la loi n'a pas prévu : le legs avait pour objet *une créance*, et cette créance a été *remboursée* par le débiteur du vivant du testateur ; la créance est éteinte ; le legs n'a plus d'objet. Mais il peut être admis, par interprétation du testament, que le legs avait plutôt pour objet *le montant de la créance*, auquel cas il subsiste comme legs de somme d'argent (Cass., 7 janv. 1874, D. 76. 5. 395, S. 74. 1. 212).

2851 *bis*. Disparition du motif du legs. — Dans certains cas exceptionnels, la jurisprudence a admis qu'un legs devient caduc lorsque le motif déterminant qui l'a inspiré a disparu du vivant même du testateur. Voyez-en des exemples divers dans Rouen, 31 mars 1835 et 3 déc. 1846, D. 47. 2. 163, S. 47. 2. 332 ; Cass., 27 avril 1852, D. 52. 1. 121 ; Rennes, 11 avril 1905, D. 1906. 2. 257. S. 1905. 2. 241.

C. — Révocation par justice.

***2852. Causes de la révocation.** — Les testaments ne sont pas révocables pour *survenance d'enfant*, comme le sont les donations. Il était inutile d'établir cette cause de révocation dans la loi, puisque le testateur peut toujours révoquer lui-même les legs qu'il a faits [1].

[1] Il serait cependant juste d'admettre une exception pour le cas où un mari vient à mourir, sans avoir d'enfants vivants, et ignorant l'état de grossesse de sa femme : la naissance imprévue de ce posthume devrait révoquer le testament, parce que le motif ordinaire de la loi fait défaut : le père n'a pas eu le moyen ni le temps de changer lui-même ses dispositions. Cette exception a été jadis proposée par quelques auteurs (Vazeille, *Successions*, t. III, sur l'art. 1037, n° 6 ; Grenier, *Donations et testaments*, t. III, n° 341 ; Troplong, t. IV, n° 2209). Mais elle a été rejetée par la jurisprudence (Alger, 31 déc. 1878, D. 80. 2. 36) et par la doctrine (Dalloz, *Code civil annoté*, art. 1046, n°s 114 à 121). Quelques arrêts sont arrivés au même but par un chemin détourné, soit en considérant le testament comme étant *sans cause*, parce qu'il avait eu pour but de régler la succession collatérale à défaut d'héritiers directs (Douai, 30 janv. 1843, S. 43. 2. 69 ; Rennes, 11 avril 1905, D 1906. 2. 257, S. 1905. 2. 241), soit en le considérant comme grevé d'une *condition tacite* à raison de certaines circonstances exceptionnelles (Cass., 31 juill. 1861, D. 61. 1. 390). Comp. Limoges, 8 mars 1843, S. 44. 2. 82, qui a refusé la révocation en disant qu'il n'était pas démontré que le père aurait lui-même modifié ses dispositions. — Cette question n'est qu'un cas particulier d'une question plus générale étudiée ci-dessous, n° 2879.

En revanche, les testaments sont révocables : 1° pour *inexécution des conditions* ; 2° pour *ingratitude*. — Ces deux causes avaient besoin d'être déterminées par la loi, parce qu'elles se réalisent à un moment où le legs est devenu définitif par le décès du testateur.

1° Inexécution des conditions.

***2853. Renvoi.** — Cette cause de révocation est prévue par l'art. 1046, qui renvoie à l'art. 954, relatif aux donations. Les règles sont les mêmes. Il suffira donc de se reporter à ce qui a été dit ci-dessus aux n°s 2630 à 2636.

2° Ingratitude du légataire.

2854. Cas d'ingratitude. — L'art. 1046 renvoie également à l'art. 955, qui détermine les causes de révocation des donations pour ingratitude, mais il le fait pour les deux premières causes seulement (attentat à la vie du disposant, et sévices, délits ou injures graves contre sa personne). Le *refus d'aliments* n'est donc pas une cause de révocation pour les legs, et cela se conçoit : tant que le testateur est vivant, le légataire n'étant pas encore *gratifié*, ne peut être astreint à aucune prestation.

Mais il existe pour les legs une forme spéciale d'ingratitude : l'*injure grave à la mémoire du testateur* (art. 1047).

***2855. Règles de l'action.** — En principe, les choses se passent pour la révocation d'un legs comme pour celle d'une donation, cependant on doit noter que la demande en révocation n'a pas besoin d'être publiée, comme cela serait nécessaire, d'après l'art. 958, s'il s'agissait d'une donation, parce que les libéralités testamentaires ne sont pas sujettes à transcription.

***2856. Durée de l'action.** — Pour les testaments, comme pour les donations, l'action dure *un an*. Dans le cas spécial qu'il prévoit, l'art. 1047 fait courir ce délai *du jour même du délit*. Selon l'opinion générale, il y a lieu d'appliquer ici le correctif qui résulte de l'art. 957 et de décider que la prescription court seulement du jour où les héritiers ont *pu connaître le délit*.

§ 9. — *Théorie de l'accroissement.*

***2857. Effet de la caducité ou de la révocation.** — Qui profite de la révocation ou de la caducité d'un legs? En principe, *ceux qui étaient chargés de l'acquitter*, savoir les héritiers du sang, les légataires universels ou à titre universel, ou parfois un légataire particulier spécialement chargé de l'exécuter.

Mais il y a des exceptions à cette règle pour le cas de *substitution* et pour le cas d'*accroissement*.

A. — Substitution.

2858. Notion sommaire. — Il y a substitution, lorsque le testateur a désigné un second légataire pour recueillir le legs à défaut du premier. C'est ce qu'on appelle la *sub-*

stitution vulgaire, bien différente de la substitution fidéicommissaire qui sera étudiée plus loin (nos 3264 et suiv.). La révocation ou la caducité de la disposition faite au profit du premier légataire laisse subsister la vocation de la personne appelée en seconde ligne, de sorte que les débiteurs du legs n'en sont pas déchargés.

B. — Accroissement.

2859. Principe du droit d'accroissement. — Le principe du droit d'accroissement est fort simple : on suppose *plusieurs légataires ayant tous le droit de recueillir en totalité la même chose*. S'ils viennent tous ensemble pour recueillir le legs, le bénéfice s'en partage entre eux : « concursu fiunt partes » ; ils se nuisent donc réciproquement. Si le legs de l'un d'eux est caduc, *sa part accroît aux autres* ; ce qui veut dire que chacun prendra un peu plus, parce qu'il y aura un ayant droit de moins.

En poussant la chose à l'extrême, s'il ne reste qu'un seul légataire pour recueillir le legs, celui-là prendra *tout à lui seul*, et on ne lui donnera cependant rien de plus que ce que le testateur lui avait donné, parce que chacun d'eux avait une *vocation éventuelle au tout*.

Les légataires ainsi appelés simultanément à recueillir un même legs s'appellent *légataires conjoints*.

1° Cas d'accroissement.

2860. Quand naît la difficulté. — L'idée de l'accroissement est donc fort simple, il a lieu dans les legs qui sont faits « à plusieurs conjointement » (art. 1044, al. 1er) ; toute la difficulté est dans son application. Dans quels cas plusieurs légataires sont-ils *conjoints*, c'est-à-dire ont-ils tous *droit à la totalité* de la chose léguée ?

2861. Système ancien. — Dans l'ancien droit, on distinguait trois espèces de conjonction :

1° Conjonction re et verbis. — Elle avait lieu lorsqu'une même chose était léguée à deux ou à plusieurs *par une seule phrase sans assignation de parts* : « Je lègue ma maison de tel endroit à Pierre et à Paul. »

2° Conjonction re tantum. — Celle ci supposait que la chose avait été léguée à deux personnes différentes, mais *par deux phrases distinctes* : « Je lègue tel immeuble à Paul. Je lègue le même immeuble à Pierre. »

3° Conjonction verbis tantum. — Il y avait conjonction « verbis tantum » quand la même chose était léguée à deux personnes dans une même phrase, mais avec assignation de parts. En réalité, il y avait deux legs distincts, ayant des objets différents.

— L'accroissement s'opérait dans les deux premiers cas, et non dans le troisième, où il n'y avait pas réellement conjonction (Pothier, *Donations testamentaires*, nos 348 et 349).

2862. Système du Code. — Le Code civil a statué sur cette matière dans les art. 1044 et 1045. Voici l'analyse de ces décisions :

1° Conjonction re et verbis. — Le même legs a été fait à plusieurs conjointement, c'est-à-dire *par une seule et même disposition* et sans assignation de parts (art. 1044). En ce cas, il y a lieu à accroissement sans difficulté et sans distinction, même lorsque la chose léguée est essentiellement divisible comme de l'argent (Cass., 30 mars 1897, D. 98. 1. 153).

2° Conjonction re tantum. — La même chose a été léguée à plusieurs personnes séparément. Alors la loi distingue et l'accroissement n'a pas toujours lieu. La part des défaillants n'accroît aux autres que si la chose léguée est *indivisible*, ou tout au moins si elle n'est pas « susceptible d'être divisée sans détérioration » (art. 1045). Donc si la chose est aisément divisible, il n'y aura pas d'accroissement.

Cette distinction introduite par le Code est très justement critiquée. Qu'importe que la chose soit divisible ou indivisible ? Ce n'est pas l'indivisibilité de la chose qui rend l'accroissement possible, mais uniquement la volonté du testateur. Si cette considération était décisive, il faudrait en tenir compte même pour le cas de conjonction re et verbis,

et à plus forte raison encore parce que l'intention du testateur de donner le tout à chacun de ses légataires est moins évidente quand il les appelle à recueillir la chose par une seule et même phrase, que quand il la lègue à chacun séparément. La loi a donc été illogique, même en admettant que le fondement de sa distinction soit juste.

Du reste il est à remarquer que cette conjonction « re tantum » paraît inconnue dans la pratique : quand un testateur veut léguer la même chose à deux personnes, il les réunit tout naturellement dans sa phrase comme dans sa pensée.

3° Conjonction verbis tantum. — Elle résulte du legs fait à plusieurs par une même phrase, avec assignation de parts. En ce cas, c'est comme autrefois : l'accroissement n'a pas lieu. Ceci résulte implicitement de l'art. 1044 qui, pour autoriser l'accroissement quand le legs est fait par une seule et même phrase, suppose qu'il n'y a pas eu assignation de parts.

Toutefois, pour que l'assignation des parts ait pour effet de supprimer le droit à accroissement, il faut qu'elle soit, comme on dit, *principale et dispositive*. Mais elle peut se faire aussi à titre *purement accessoire*, et sans enlever aux légataires leur *solidarité de vocation*; le testateur n'a peut-être fixé les parts que pour déterminer la façon dont devrait se faire le partage au cas où tous ses légataires concourraient. Les juges ont donc à apprécier si la division indiquée par le testateur porte sur la disposition testamentaire elle-même, ou seulement sur son exécution (Nancy, 8 juill. 1893, D. 94. 2. 78, S. 94. 2. 132).

2863. Prépondérance de la volonté du testateur. — La jurisprudence a une tendance manifeste à faire prévaloir la volonté du testateur, toutes les fois qu'elle peut être connue, sur les dispositions de la loi (Trib. Nevers, 22 juill. 1846, S. 46. 2. 103, et les autres décisions citées ci-dessus et ci-dessous).

2° Legs susceptibles d'accroissement.

2864. Legs particuliers. — Pour eux, il n'y a aucun doute : l'accroissement est entièrement régi par les dispositions des art. 1044 et 1045 (Cass., 30 mars 1897, précité).

2865. Legs universels et à titre universel. — Ces deux sortes de legs portent sur une chose essentiellement divisible : l'universalité. Il n'y aurait donc jamais lieu à accroissement entre légataires universels institués par des dispositions séparées si on leur appliquait l'art. 1045. Cela est inadmissible, car le legs universel donne nécessairement vocation au tout (art. 1003), et le legs à titre universel à une fraction de la totalité ou à une catégorie de biens (art. 1010). Cette seule observation suffit pour prouver que les rédacteurs de la loi n'ont pas réfléchi à la portée de la distinction qu'ils ont adoptée dans l'art. 1045, entre les choses divisibles et les choses indivisibles ; ils n'ont dû penser qu'aux legs particuliers. C'est ce qu'on peut inférer : 1° de ce qu'ils ont suivi Pothier, qui ne traitait de l'accroissement que pour cette sorte de legs; 2° de ce qu'ils emploient dans les art. 1044 et 1045 l'expression « la *chose* léguée », qui serait impropre pour les dispositions universelles. — La jurisprudence considère ces deux articles comme s'appliquant exclusivement aux legs particuliers (Cass., 19 juill. 1894, D. 95. 1. 95, S. 95. 1. 351).

2866. Legs d'usufruit. — Supposons que deux personnes aient été appelées à recueillir l'usufruit d'un même bien. Les dispositions des art. 1044 et 1045 s'appliqueront, si l'une d'elles vient à mourir avant le testateur. Mais si toutes deux ont survécu et recueilli leur part, qu'arrivera-t-il au décès du premier mourant? L'usufruit dont il jouissait doit-il revenir à la nue propriété, par consolidation, ou bien doit-il accroître à son colégataire? Cette question, qui est très ardemment discutée, n'en est pas une à mes yeux : on ne peut plus parler d'*accroissement*, puisque l'accroissement suppose une libéralité *caduque* ; ici aucun des deux legs n'a été atteint de caducité; chacun a produit son effet. Il ne peut donc être question d'accroissement et l'usufruit doit faire retour à la propriété[1].

[1] Il en serait toutefois autrement s'il y avait un *légataire universel d'usufruit* : l'ex-

Toutefois, comme la volonté du testateur est souveraine, s'il résultait du testament que son intention a été de faire profiter un seul des légataires de l'usufruit total après la mort de l'autre, sa volonté devrait être suivie : chaque légataire serait réputé avoir reçu deux legs d'usufruit, l'un à ouverture immédiate, l'autre à terme, s'ouvrant seulement après la mort de son colégataire.

3° Comment s'opère l'accroissement.

2867. Question. — L'accroissement est-il *forcé* ou *volontaire*? Le colégataire survivant peut-il répudier la part qui lui accroît? Encore une question controversée. La plupart des auteurs enseignent que l'accroissement doit être accepté par le légataire (Demolombe, t. XXI, n° 396 : Aubry et Rau, t. VII, § 726, note 48), et c'était la solution suivie dans l'ancien droit. Cependant il y a une sérieuse raison d'en douter. Sur quoi est fondé l'accroissement? Sur ce que le légataire est appelé à recueillir la totalité de la chose ; l'autre legs ayant disparu, c'est comme si le sien avait seul existé, et il ne peut le recueillir seulement par moitié. — Tout le monde admet cette solution pour les dispositions universelles.

2868. Absence d'accroissement entre branches différentes. — Dans les successions testamentaires, comme dans les successions légales, il peut y avoir attribution des biens à deux branches différentes. En ce cas, si l'un des représentants d'une des deux souches prédécède ou répudie, sa part accroît aux autres représentants de la même souche et non à l'autre branche (Cass., 5 déc. 1881, S. 82. 1. 173).

4° Effet de l'accroissement.

2869. Question relative aux charges du legs caduc. — Celui des colégataires qui profite de l'accroissement est-il tenu des charges spéciales qui pesaient sur le défaillant? On formule en général cette question en demandant si l'accroissement s'opère *cum onere* ou *sine onere*? En général aussi, on rattache cette question à la précédente : ceux qui croient que l'accroissement est forcé le considèrent comme se faisant « sine onere » ; ceux qui le considèrent comme volontaire admettent qu'il s'opère « cum onere ». Cette dernière solution est donc acceptée par l'opinion dominante ; et je la crois vraie pour cette raison : que l'un des deux légataires ne peut pas conserver à lui seul plus qu'ils ne l'auraient fait à eux deux.

2870. Cas exceptionnel. — Tel est le principe ; mais il faut évidemment faire exception pour les charges *personnelles au défaillant*, celles qui ne lui avaient été imposées qu'en considération de sa personne, et il peut y avoir là des questions de fait délicates à résoudre. Sur une distinction suivie par beaucoup d'auteurs, voyez Pothier, *Donations testamentaires*, n° 355 ; Aubry et Rau, t. VII, § 726, note 48.

CHAPITRE IV

RÈGLES COMMUNES AUX DONATIONS ET AUX TESTAMENTS

Section I. — De la liberté d'esprit du disposant.

2871. Observation. — Ordinairement on fait rentrer dans la théorie des incapacités les questions que je traite sous ce titre. Il ne s'agit pourtant pas d'incapables ; la

tinction d'un usufruit particulier lui profiterait avant de profiter au nu propriétaire (Cass., 29 nov. 1899, S. 1901. 1. 317).

preuve en est qu'il n'y a qu'une différence de degré entre le cas où le disposant n'est pas sain d'esprit et celui où son consentement a été vicié, et cependant, dans ce dernier cas, il est visible qu'il n'est pas incapable. Voyez n° 2873, ci-dessous.

****2872. Esprit de la loi.** — L'existence d'une volonté intelligente et libre, maîtresse d'elle-même et sûre de ce qu'elle fait, est nécessaire pour tous les actes juridiques, pour le testament et la donation comme pour tous les autres ; mais pour ces deux actes, la loi s'est montrée particulièrement exigeante ; elle déroge au droit commun sur un point grave, en permettant d'attaquer pour cause de démence les actes d'une personne décédée. — Et cependant on remarque un certain recul du droit nouveau par rapport à l'ancien droit dans les facilités que la loi donne aux héritiers pour critiquer les actes de leur auteur ; on le verra principalement dans les questions de captation et à propos du testament « ab irato ».

§ 1. — *Insanité d'esprit.*

****2873. Son effet.** — Aux termes de l'art. 901 : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. » Cette disposition est très importante. A vrai dire, elle n'établit pas une incapacité ; elle constate seulement un fait, et la règle qu'elle formule n'est pas vraie seulement pour les donations et les testaments : c'est une règle générale applicable à tous les actes juridiques. Tous exigent également la *volonté,* et une volonté intelligente et libre, en la personne de leurs auteurs. Si l'une de ces personnes ne jouit pas de ses facultés intellectuelles, l'acte n'a pas été *voulu* par elle, il n'a pas été *fait.* Et ce n'est pas seulement d'un vice du consentement qu'il s'agit : l'insanité d'esprit supprime entièrement l'intelligence et la liberté, et par suite l'acte qui aurait dû être leur œuvre. Voyez t. I, n°s 272 et suiv.

***2874. Généralité de la règle.** — Pour l'application de l'art. 901, il n'y a aucune distinction à faire selon la cause de l'insanité. L'absence d'intelligence peut être due à *une cause permanente,* comme la démence complète ; elle peut être simplement *habituelle,* comme un état de folie entremêlé d'intervalles lucides, ou même purement *accidentelle,* comme celle qui est l'effet de l'ivresse, d'une fièvre, ou d'un accident quelconque qui a amené un trouble passager de la raison ; peu importe. Il suffit qu'*au moment de la donation ou du testament* il y ait eu défaut de lucidité ou de volonté : l'acte est nul en vertu de l'art. 901.

L'imbécillité résultant de la débilité sénile est assimilée à la démence : le disposant n'ayant pas la possession de son intelligence, la nullité peut être prononcée quoique les clauses de l'acte soient parfaitement raisonnables (Cass., 7 mars 1864, D. 64. 1. 168, S. 64. 1. 163)

***2875. Utilité de l'art. 901.** — Jusqu'ici l'art. 901 ne nous apparaît que comme une application des règles du droit commun, et son rôle propre n'est pas encore indiqué. Il contient cependant une décision qui a son utilité particulière. Voici en quoi elle consiste.

Supposez *que le dément, auteur de la libéralité, soit décédé* : ses héritiers pourront-ils demander la nullité de la donation ou du testament, sous prétexte que leur auteur était fou ? D'après le droit commun, ils ne le pourraient pas, si ce n'est sous certaines conditions exceptionnelles. Rappelons l'art. 504, aux termes duquel les actes d'une personne décédée ne peuvent être attaqués pour cause de démence que dans deux cas : 1° quand son interdiction a été *obtenue* ou tout au moins *provoquée* de son vivant ; 2° quand l'acte attaqué porte *en lui-même la preuve de la folie*. Hors de là, aucune action n'est ouverte aux héritiers : ils ont à se reprocher de n'avoir pas fait interdire leur parent. On veut protéger les actes des morts contre des héritiers, qui sont trop portés à les attaquer dès qu'ils se sentent lésés.

Mais l'art. 504 ne s'applique qu'aux actes à titre onéreux ; les donations et les testaments sont *régis uniquement par l'art.* 901. Or cet article ne distingue pas, si bien que les libéralités faites par une personne décédée peuvent être attaquées alors même que son interdiction n'aurait jamais été demandée et que la rédaction ou les clauses de l'acte seraient parfaitement raisonnables (Dijon, 22 déc. 1881, D. 83. 2. 8, S. 83. 2. 36 ; Nîmes, 29 janv. 1890, D. 91. 2. 97.)

Voici maintenant la preuve de cette combinaison des deux textes. Dans le projet du Code, l'art. 901 contenait un alinéa 2 qui renvoyait à l'art. 504 en disant que les libéralités ne pourraient être attaquées pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrits par ce dernier article (Fenet, t. XII, p. 294). L'art. 901 ne formait ainsi qu'une application particulière de l'art. 504. Mais cet alinéa fut supprimé, précisément pour écarter ici la règle ordinaire (Locré, t. XI, p. 132, n° 21, et p. 334, n° 84).

***2876. Preuve de l'insanité d'esprit.** — La preuve de l'insanité d'esprit est à la charge du demandeur en nullité. Il doit prouver qu'elle existait *au moment même* où l'acte a été fait. Comp. Cass., 21 févr. 1887, S. 87. 1. 296.

Cette preuve peut être *fournie par tous les moyens*, et les juges du fait apprécient souverainement les circonstances (Cass., 3 avril 1872, D. 72. 1. 415, S. 73. 1. 200 ; Cass., 4 avril 1874, D. 75. 1. 166). Des espèces très délicates se présentent parfois devant eux. Ils ne doivent évidemment prononcer la nullité qu'autant que l'acte ne leur paraît pas avoir été l'œuvre d'une volonté raisonnable, et en fait ils se montrent très réservés (Cass., 12 févr. 1868, D. 68. 1. 389). A ce point de vue un simple dérangement d'esprit, portant sur le côté spéculatif de l'intelligence, peut laisser à l'homme toute l'aptitude nécessaire pour bien administrer sa fortune et, par suite, toute sa capacité pour tester. Ainsi le testament d'un homme qui s'est adonné à l'étude des sciences occultes doit être validé si aucun trouble ne s'est manifesté dans l'ordre des faits de la vie pratique (Limoges, 6 févr. 1889, D. 90. 2, 73, S. 89. 2. 173. — Comp. Chambéry, 9 avril 1876, D. sous Cass., 78. 1. 163). De même, le testament d'un monomane ne peut pas être

annulé, s'il n'est pas prouvé qu'il a été rédigé sous l'empire des idées délirantes (Dijon, 3 juin 1885, D. 86. 2. 228).

La déclaration du notaire qui a reçu le testament, portant que le testateur était parfaitement sain d'esprit n'empêche pas la nullité d'être prononcée pour une cause de démence (Bourges, 26 févr. 1855, D. 55. 2. 295, S. 55. 2. 498; Cass., 7 janv. 1913, P. et S. 1913. 1. 324). Solution traditionnelle (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 136).

***2877. Validité des testaments « ab irato ».** — Dans notre ancien droit on admettait que le testament inspiré par une haine aveugle et injuste contre les parents légitimes pouvait être annulé. C'était une sorte de fiction ; on supposait que la colère avait altéré la lucidité de l'esprit : « hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint[1] ». Pothier en donnait une autre explication qui nous paraît aujourd'hui tout à fait insuffisante (*Donations testamentaires*, n°s 83-85). Le projet du Code civil portait une disposition supprimant ce cas de nullité : « La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par *haine, colère,* etc... » (Fenet, t. II, p. 275). Cette disposition fut retranchée, parce qu'on craignit de donner par là libre carrière à la fraude et aux passions qui auraient pu se croire tout permis ; néanmoins l'ancienne action n'existe plus ; le silence de la loi suffit pour l'abolir (Paris, 3 floréal an XII, D. 5. 230, S. chr. 1. 2. 188 ; Limoges, 31 août 1810, D. 5, 231, S. 11. 2. 461, S. chr. 3. 2. 349). Comp. Merlin, *Répertoire,* V° Ab irato, sect. 7. — Cependant si la colère avait été assez violente pour enlever absolument au disposant l'usage de ses facultés, elle se confondrait alors avec l'insanité d'esprit, et le testament pourrait être annulé, bien que l'action « ab irato » n'existe plus à l'état d'action distincte. Du moins les tribunaux ne feraient qu'user de leur pouvoir d'appréciation en décidant qu'un testateur était animé contre sa famille d'une haine « telle qu'elle ne peut s'expliquer que par une véritable insanité d'esprit » (Lyon, 25 juin 1816, D. 5. 231, S. 17. 2. 133, S. chr. 5. 2. 162 ; Cass., 20 févr. 1876, D. 76. 1. 367, S. 26. 1. 155). Mais voyez les observations qui accompagnent ce dernier arrêt. Sur l'action « ab irato » en général, voyez Dalloz, *Répert.*, v° *Dispositions entre vifs...*, n°s 236 à 242 ; Ed. Lambert, *De l'exhérédation,* n°s 280 à 296.

[1] On partait de cette idée que les libéralités doivent être inspirées par un sentiment d'affection, parce qu'elles sont essentiellement des bienfaits ; celles qui sont inspirées par un sentiment de haine doivent donc être annulées (*Coutume de Bretagne*, art. 199 N. C.). Ricard rapporte une suite d'arrêts du XVIIe siècle qui avaient cassé des testaments parce que le testateur avait été mû par une passion injuste contre ses enfants ou l'un d'eux (*Donations,* Partie I, chap. III, sect. 14, n°s 623 et suiv.). Mais des arrêts de 1643 et de 1657 avaient refusé cette action en nullité aux collatéraux, parce que les sentiments d'affection sont moins forts et moins naturels pour eux qu'en ligne directe (*ibid.*, n° 629). Il indique aussi les fâcheux effets de l'action ab irato : il avait vu des fils et des gendres, prévoyant que leur père ou beau-père allait avantager ses autres enfants, créer tout exprès des conflits dans la famille, soulever des contestations et des procès, pour se réserver le moyen d'attaquer plus tard son testament comme fait sous l'empire d'un sentiment de haine pour eux.

§ 2. — *Des vices du consentement.*

2878. Silence de la loi. — Il n'y a rien dans le Code sur les différents cas où la volonté du disposant, au lieu d'être entièrement supprimée, se trouve simplement viciée par une cause quelconque. L'absence de textes donne lieu à l'application des principes généraux, sous réserve des modifications qu'exige la nature particulière des actes de libéralité.

Rappelons que, si l'action en nullité dirigée contre une donation est soumise au droit commun pour sa durée, celle qui est dirigée contre un testament échappe à la prescription de dix ans établie par l'art. 1304 (t. II, n° 1288).

A. — Erreur.

***2879. Rareté du fait.** — Les cas d'erreur en matière de donations ou de testament sont rares. Cependant on a vu annuler un testament par lequel le défunt avait légué tous ses biens aux pauvres, parce qu'il croyait n'avoir point d'héritiers, ainsi qu'il le déclarait expressément, alors que des héritiers inconnus de lui se présentaient après son décès pour recueillir ses biens (Paris, 9 févr. 1867, D. 67. 2. 195, S. 67. 2. 129). En tout cas, l'erreur ne peut entraîner la nullité, aussi bien pour une libéralité que pour tout autre acte, qu'autant qu'elle en a été la cause déterminante. Comp. Cass., 13 juin 1826, D. 26. 1. 307, S. 26. 1. 400, S. chr. 8. 1. 359.

La question est surtout intéressante quand le testateur a disposé en prévision de l'absence d'enfants à son décès, et qu'il laisse soit un posthume, soit un enfant né peu de temps avant sa mort. Voir ci-dessus, n° 2852.

Sur l'absence de cause, voyez ci-dessus, n°s 2509 et 2518.

B. — Dol.

***2880. Ses formes spéciales en matière de libéralités.** — Quand il s'agit de donations et de testaments, les manœuvres dolosives prennent une forme spéciale, elles servent à déterminer l'auteur de la libéralité à la consentir, et, pour l'y amener, celui qui les pratique a le choix entre deux moyens : il peut : 1° lui inspirer la haine de ses héritiers naturels ou développer chez lui une aversion antérieure ; 2° faire naître à son profit une affection fondée sur des causes factices. S'il y réussit, on dit que la donation ou le legs dont il a bénéficié est entaché de *captation* ou de *suggestion*. La sévérité avec laquelle ces faits sont réprimés s'est beaucoup atténuée depuis le Code civil.

1° Ancienne jurisprudence.

2881. État obscur de la question. — On posait en principe que les dispositions testamentaires devaient être l'œuvre d'une volonté aussi libre que possible et dans le but d'assurer au testateur sa pleine indépendance, on annulait les libéralités qui avaient été captées ou suggérées. L'action en nullité pour captation ou suggestion était formellement visée par l'ordonnance d'août 1735 (art. 47). Mais on était loin de s'entendre sur le sens de ces deux termes.

1° Captation. — Pothier entendait le vice de captation d'une manière étroite, qu'il empruntait aux textes romains : pour lui, une disposition était *captatoire* lorsqu'elle

avait été écrite dans le but d'engager son bénéficiaire à tester lui-même au profit du disposant (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 96). Comp. Digeste, *De heredibus instituendis*, liv. XXVIII, tit. 5, fr. 71. Mais dans la langue actuelle, et déjà dans l'usage du xviiie siècle, ce mot était pris dans un sens différent pour désigner toutes les manœuvres plus ou moins suspectes, à l'aide desquelles une personne peut en décider une autre à faire des libéralités à son profit. Dans l'opinion de Pothier, c'était la disposition *captatoire* qui se trouvait nulle; avec l'autre interprétation, c'est la disposition *captée*.

2° Suggestion. — Une disposition était *suggérée* lorsque le testateur l'avait faite pour se délivrer des importunités et des sollicitations de ceux qui l'entouraient (Pothier, *op. cit.*, n° 98).

Comparez sur ces deux questions Domat, *Loix civiles*, liv. III, tit. I, section 5, n° 25; Ricard, *Donations*, 3e partie, chap. I.

***2882. Éclaircissements donnés par Furgole.** — De tous nos anciens auteurs, celui qui paraît avoir apporté le plus de méthode et de clarté dans cette étude est certainement Furgole (*Traité des testaments*, chap. v, section 3). Il montre que la plupart des auteurs sont allés trop loin lorsqu'ils se sont contentés de la simple persuasion comme fait constitutif de la suggestion ou lorsqu'ils ont déclaré suggérées les dispositions faites *sur l'interrogat d'autrui*. Sa conclusion est que les faits de captation ou de suggestion ne sont pas des moyens de nullité différents du dol et de la fraude. Voyez spécialement *loc. cit.*, n°s 3 et 43-46.

2° Jurisprudence moderne.

***2883. Abandon de l'ancienne action.** — Le Code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance de 1735. Il y avait dans le projet de l'an VIII un article portant que les testaments « ne pourraient plus être attaqués pour cause de captation ou de suggestion » (Fenet, t. II, p. 275). Cette disposition a disparu, et elle était dangereuse, car elle semblait donner dans la loi elle-même un titre d'impunité à la fraude et aux passions. Sa disparition a été interprétée comme laissant pleine liberté aux juges en cette matière. Comp. Bigot du Préameneu dans Locré, t. XI, p. 365, n° 10.

***2884. Conditions de la nullité.** — Les idées de Furgole dominent la jurisprudence moderne. Il est admis aujourd'hui que la suggestion et la captation, entre lesquelles on ne fait plus de différence, ne sont une cause de nullité qu'autant qu'elles présentent les caractères du dol, c'est-à-dire qu'elles sont accompagnées de *manœuvres artificieuses* et *d'insinuations mensongères*. De tout temps la jurisprudence s'est prononcée en ce sens (Agen, 17 juin 1812, S. sous Cass., 14. 1. 217, S. chr. 4. 1. 502 ; Cass., 14 nov. 1831, D. 32. 1. 38, S. 31. 1. 427; Cass., 7 juin 1858, D. 58. 1. 451 ; Cass., 28 oct. 1895, D. 96. 1. 36, S. 97. 1. 326 ; Cass., 6 déc. 1909, D. 1910. 1. 142, P. et S. 1910. 1. 465).

Ainsi la demande en nullité est rejetée lorsqu'il n'y a aucun fait caractéristique de fraude et que le bénéficiaire s'est borné à s'assurer la bienveillance du disposant par des témoignages d'attachement, par des soins ou des services fournis ou rendus avec un empressement exagéré, alors même que sa complaisance intéressée aurait pu tromper le disposant sur l'existence d'une affection qui était simulée (Lyon, 29 mars 1871, D. 71. 3. 8; Poitiers, 18 mars 1885, D. sous Cass., 86. 1. 289; Cass., 2 juill. 1895, D. 96.

1. 120, S. 95. 1. 504). Au contraire, constituent des manœuvres dolosives caractérisées, l'interception de la correspondance, l'éloignement des anciens amis, le renvoi des domestiques fidèles, les calomnies contre la famille, l'ingérence incessante du légataire dans les affaires du testateur (Cass., 17 avril 1882, D. 82. 5. 163; Cass., 28 oct. 1895 précité), surtout quand le testateur est une personnne d'esprit débile (Cass., 3 nov. 1908, D. 1909. 1. 141, P. et S. 1909. 1. 199).

Des difficultés se présentent assez souvent pour les libéralités faites au profit d'une *concubine*. Le concubinage n'est pas par lui-même une cause d'annulation alors même que la libéralité serait due à l'influence que la concubine exerçait sur le disposant (Grenoble, 15 juin 1822, D. 5. 254, S. 25. 2. 136, S. chr. 7. 2. 84. Arrêts nombreux depuis lors : voyez Toulouse, 25 juin 1900, D. 1901. 2. 313). Mais il y aurait nullité : 1° si la concubine avait employé le dol et le mensonge pour se faire gratifier (Nîmes, 30 juin 1869, D. 72. 1. 37); 2° si la libéralité était la condition du concubinage et le salaire du vice (Cass., 2 juill. 1866, D. 66. 1. 378, S. 66. 1. 356; Bastia, 31 juill. 1907, D. 1910. 2. 266).

Les juges du fait apprécient souverainement la question de savoir si les manœuvres employées ont ou non le caractère dolosif, si elles ont été de nature à porter atteinte à la liberté morale du testateur (Limoges, 6 févr. 1889, D. 90. 2. 73, S. 89. 2. 173; Cass., 2 juill. 1895 précité), et si elles ont été la cause déterminante de la libéralité (Cass., 22 nov. 1911, D. 1915. 1. 58, P. et S. 1912. 1. 195).

***2885. Dérogation au droit commun.** — En règle générale, le dol n'est une cause de nullité des contrats qu'autant qu'il a été commis par l'une des parties contre l'autre, et le contrat subsiste quand le dol est l'œuvre d'un tiers (t. II, n° 1063-2°). Cette distinction reste sans application aux libéralités, non seulement aux testaments qui sont des actes unilatéraux, mais même aux donations qui ont une forme contractuelle et supposent un accord de volontés : on ne recherche pas si l'auteur des manœuvres dolosives est le bénéficiaire de la libéralité ou une autre personne. La jurisprudence est fixée en ce sens depuis longtemps (Cass., 18 mai 1825, D. 25. 1. 321, S. 26. 1. 10, S. chr. 8. 1. 126 ; Cass., 2 janv. 1878. D. 78. 1. 136, S. 78. 1. 103; Cass., 27 juin 1887, D. 88. 1. 303, S. 87. 1. 419).

Il n'en faut pas conclure que le testament doive être annulé en entier, quand les manœuvres frauduleuses sont l'œuvre d'un seul des légataires qui y sont gratifiés, et que les autres legs tombent en même temps que le sien : il doit y avoir un rapport entre le dol pratiqué et la libéralité obtenue. Comp. Nîmes, 30 juin 1869, D. sous Cass., 72. 1. 37.

C. — Violence.

2886. Exemples pratiques. — De temps à autre on voit des libéralités arrachées par la violence. L'annulation en est prononcée sans difficulté quand les faits sont prouvés. Voyez en comme exemples pour le testament Cass., 19 juin 1878, D. 78. 1. 160; Paris, 27 juill. 1900, D. 1900. 2. 493[1]; et pour la donation Cass., 15 juill. 1878, D. 79. 1. 27.

Cette action en nullité ne se conçoit guère de la part du testateur lui-même, qui trouvera beaucoup plus simple de révoquer son testament; mais elle est indispensable à ses héritiers.

[1] Cet arrêt a annulé, comme faits sous la pression d'une volonté étrangère, trois testaments contradictoires rédigés en vingt-quatre heures.

Section II. — De la capacité de disposer et de recevoir.

****2887. Division du sujet.** — On distingue des *causes d'incapacité absolue* et des *causes d'incapacité relative* :

1° Ceux qui sont frappés d'une incapacité absolue ne peuvent donner à quelque personne que ce soit, ni recevoir de quelque personne que ce soit ; leur incapacité est *absolue* en ce sens qu'elle existe *à l'égard de tout le monde.*

2° Ceux qui sont frappés d'une incapacité relative peuvent donner à tout le monde, sauf à certaines personnes déterminées, ou recevoir de tout le monde, sauf de certaines personnes déterminées. Leur incapacité est *relative* en ce sens qu'elle existe seulement *dans leurs rapports avec certaines personnes.*

Cette distinction *d'après l'étendue de l'incapacité* n'a rien de commun avec la distinction des nullités en relatives et absolues, qui est faite *d'après les motifs de la prohibition.*

Subdivision des incapacités absolues. — Quand l'incapacité est absolue, il y a lieu de rechercher s'il s'agit d'une incapacité de *donner* ou d'une incapacité de *recevoir.* Ces deux espèces d'incapacités ne coexistent pas toujours à la charge de la même personne : on peut être incapable de donner sans être incapable de recevoir, et réciproquement. Même quand il s'agit de quelqu'un qui est tout à la fois incapable de donner et incapable de recevoir (exemple : une femme mariée), ces deux incapacités n'ont ni la même nature ni les mêmes effets. Mais quand il s'agit d'incapacités relatives cette sous-distinction est inutile, parce qu'il y a toujours *corrélation entre l'incapacité de donner et l'incapacité de recevoir.* Si Pierre est incapable de faire une donation à Paul, Paul est incapable de la recevoir de lui, et inversement.

Libéralités faites aux pauvres. — Après avoir passé en revue les différentes classes d'incapables, il y aura lieu de s'occuper de l'*aptitude légale des pauvres* à recevoir des dons et des legs, et des questions diverses que soulèvent les libéralités qui leur sont faites et qui forment une catégorie à part, des plus intéressantes. Voyez ci-dessous, nos 2990 à 3005.

§ 1. — *Des incapacités absolues de donner.*

****2888. Énumération.** — Les personnes absolument incapables de faire des libéralités sont les incapables du droit commun, c'est-à-dire : 1° les *mineurs* ; 2° les *aliénés* interdits ou internés ; 3° les personnes pourvues

d'un *conseil judiciaire* ; 4° les *femmes mariées* ; 5° les *condamnés à des peines criminelles*.

Anciennement il y a eu deux autres causes d'incapacité qui empêchaient de faire des libéralités : la *qualité d'étranger* et la *profession religieuse*.

2889. Observation. — Ces incapables ne sont pas tous dans la même situation. Il en est dont l'incapacité est profonde, en ce sens qu'ils sont privés absolument du droit de faire une libéralité, si bien que nul ne peut les y autoriser ou la faire à leur place ; ils sont donc privés de la *jouissance* même du droit (sur la jouissance des droits, voyez t. I, n° 431). Tel est le cas en principe, pour les mineurs, les interdits et les condamnés à des peines criminelles. Il en est d'autres qui ont le droit de faire des libéralités, mais qui sont *incapables de les faire seuls* ; ceux-là sont donc privés seulement de l'*exercice* du droit. Tel est le cas pour les femmes mariées et les personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

A. — Incapacité des mineurs.

****2890. Généralité de la règle.** — Il n'y a pas à distinguer entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé : à ce point de vue, l'émancipation ne modifie pas la situation du mineur et ne lui permet pas de faire des libéralités. Les textes les visent tous deux dans les mêmes termes : « *Le mineur...* », disent les art. 903 et 904.

****2891. Exceptions à la règle.** — L'incapacité du mineur n'est pas toujours complète. Deux espèces de libéralités lui sont permises à partir d'un certain âge : le testament et les donations par contrat de mariage.

1° Testament.

****2892. Age nécessaire pour tester.** — Quand le mineur est « parvenu à l'âge de seize ans », il peut faire son testament. Bien que le texte ne soit pas formel, cette faculté ne doit être reconnue qu'au mineur âgé de *seize ans révolus* ; tant que la seizième année n'est pas révolue, on ne peut pas dire que le mineur est « âgé de seize ans » ; il ne les a pas vécus.

La loi suppose que le mineur âgé de seize ans a déjà une maturité d'esprit suffisante pour lui permettre de faire un testament utile ; la présomption est peut-être dangereuse pour les héritiers naturels. L'idée de la loi est que l'incapacité ordinaire du mineur est établie dans son intérêt personnel, beaucoup plus que dans l'intérêt de sa famille ; on l'autorise donc de bonne heure à faire un testament, parce que cet acte ne peut pas lui nuire à lui-même.

****2893. Quotité dont le mineur peut disposer.** — Le mineur âgé de seize ans n'a pas une capacité entière ; la loi lui permet seulement de léguer *la moitié de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur* (art. 904)[1]. On traduirait mal la pensée de la loi si on disait que le mineur peut tester

[1] Une loi du 31 octobre 1916 a autorisé les mineurs mobilisés à tester pour leur fortune entière en temps de guerre.

pour « la moitié de sa fortune », car il faut tenir compte des *réserves héréditaires*, accordées à certains parents et auxquelles le majeur lui-même ne peut pas toucher. C'est seulement la *moitié du disponible* que le mineur peut léguer, ce disponible pouvant être sa fortune entière s'il n'a pas d'héritiers à réserve. Ainsi quand le mineur a encore ses pères et mère, réservataires chacun pour un quart, il ne pourra léguer que *le quart* de ses biens ; il en léguerait valablement *la moitié*, s'il était majeur.

***2894. Sanction.** — Si un mineur a fait un testament pour une portion plus forte que celle dont l'art. 904 lui donne la disposition, les legs fait par lui ne sont pas nuls, ils sont seulement *réductibles* à la quotité déterminée par la loi.

2° Donations par contrat de mariage.

***2895. En quoi consiste l'exception.** — Quand un mineur se marie, la loi lui permet de faire à son conjoint, par son contrat de mariage, les *mêmes donations qu'il pourrait lui faire s'il était majeur* (art. 1095 et 1398). Ces donations doivent naturellement être *autorisées*, puisque celui qui les fait est encore *incapable* et n'a pas la liberté d'agir seul ; cette autorisation lui est donnée par les mêmes personnes qui autorisent son mariage (mêmes art.), mais la chose importante est que ces donations sont *faisables*, bien que celui qui les fait soit encore mineur ; il y a donc bien exception au principe de l'art. 903, qui défend au mineur de faire des donations, et ce texte lui-même annonce l'exception par le renvoi qu'il fait au chapitre IX.

Cette exception est remarquable, car les donations faites par contrat de mariage sont considérables et portent souvent sur la fortune entière, à titre de donations de biens à venir. Notons en outre que le mineur obtient ici une *entière liberté*, et n'est pas réduit à une capacité *de moitié*, comme celle qu'on lui donne pour son testament.

***2896. Mineurs autorisés à donner.** — L'exception introduite par les art. 1095 et 1398 concerne ceux qui se marient. Or la femme peut se marier à quinze ans révolus et l'homme à dix-huit ans révolus, et encore l'un et l'autre peuvent obtenir des dispenses d'âge pour une année. Une jeune fille âgée de quinze ou même de quatorze ans peut donc faire des donations entre vifs, c'est-à-dire *donner*, à une époque où il ne lui est pas encore permis de *tester*, puisqu'il faut avoir seize ans pour faire son testament.

L'exception relative aux donations profite surtout aux femmes, car il n'y a guère qu'elles qui se marient étant encore mineures.

***2897. Donations autorisées par la loi.** — C'est pour favoriser le mariage que la loi admet une exception à son principe. Par suite sont seules

autorisées les donations faites *par contrat de mariage* (art. 1095 et 1398). Une fois le mariage célébré, l'époux mineur devra attendre sa majorité s'il veut faire d'autres libéralités entre vifs à son conjoint.

B. — Incapacité des aliénés interdits ou internés.

***2898. Effet de l'interdiction ou de l'internement.** — On a déjà vu que la loi exige, d'une manière rigoureuse, l'intelligence et la liberté d'esprit chez le disposant ; quand cette liberté et cette intelligence ont fait défaut, l'annulation de la libéralité est plus facilement obtenue que s'il s'agissait d'un acte onéreux.

En outre, l'internement ou l'interdiction des personnes en état de démence joue en cette matière son rôle habituel. Quand l'aliéné n'est ni interné ni interdit, on est obligé de démontrer que la libéralité consentie par lui a été faite dans un moment où il n'avait pas sa raison, et cette preuve sera peut-être difficile à fournir, si sa folie est entremêlée d'intervalles lucides. Son internement ou son interdiction auront pour effet d'établir une *présomption d'insanité,* qui rendra l'incapacité *continue* (t. I, n° 2633). Il en résulte que la preuve du défaut de raison devient inutile, quand l'acte se place par sa date dans la période d'incapacité.

2899. Question. — Pourrait-on obtenir la validation de la libéralité faite par un aliéné interné ou interdit, en prouvant que l'acte a été fait dans un intervalle lucide? Pour certains auteurs, l'art. 901 forme un système complet, qui se suffit à lui-même, et qui déroge à la règle générale de l'art. 502 (Demolombe, t. XVIII, n° 371 ; t. VIII, n°s 640 à 647). En conséquence une donation ou un testament fait dans un intervalle lucide est valable. — Ce système est inadmissible; l'art. 502 est général dans ses termes : « *tous actes* passés par l'interdit sont nuls de droit » et aucune preuve contraire n'est recevable contre cette présomption, sur le fondement de laquelle la loi annule un acte (art. 1352). La nullité de la libéralité sera donc prononcée : elle est *de droit,* comme dit l'art. 502 (Nancy, 8 mai 1880, D. sous Cass., 83. 1. 113, S. sous Cass., 84. 1. 65. — Aubry et Rau, t. VII, § 648, note 6). Cette solution est juste; l'art. 901 ne dit pas que, pour faire une donation ou un testament, il *suffit* d'être sain d'esprit; il dit qu'il *faut* l'être. Par là, il ajoute quelque chose aux garanties du droit commun ; il n'y retranche rien.

C. — Incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

***2900. Donations.** — Les prodigues et les faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent faire seuls aucun des actes énumérés dans les art. 499 et 513. Parmi ces actes figure l'*aliénation,* et comme la la loi ne distingue pas, ce mot doit s'entendre de toute aliénation gratuite ou onéreuse. Ils sont donc incapables de faire une donation sans l'assistance de leur conseil[1] ; mais avec cette assistance il leur est permis de faire des donations valables. Leur état de faiblesse d'esprit ne peut pas être assimilé à

[1] Faute de cette assistance, la donation serait nulle de droit; c'est à tort que le contraire a été soutenu.

l'insanité d'esprit, qui rend incapable de disposer à titre gratuit, aux termes de l'art. 901 [1].

***2901. Testament.** — Le testament n'est pas un acte *d'aliénation* ; c'est une disposition de dernière volonté, qui ne rentre pas dans les prévisions des art. 499 et 513. Il sera donc valablement fait par un prodigue ou un faible d'esprit, sauf aux héritiers à prouver, s'il y a lieu, que leur auteur n'était pas sain d'esprit au jour où il a testé.

D. — Incapacité des femmes mariées.

****2902. Donations.** — La femme mariée est incapable de disposer par donation entre vifs, sans autorisation de son mari ou de justice (art. 905, al. 1er). Cette règle est générale et s'applique même aux *dons manuels* : ceux-ci sont dispensés des *formes*, mais non pas des règles relatives à la capacité du donateur.

Du reste l'autorisation de justice produit un effet moins complet que celle du mari, quand la femme est mariée sous le régime de la communauté : avec l'autorisation du tribunal, la femme ne peut disposer que de la nue propriété de ses biens. Comp. ci-dessus, n° 1101.

Il n'y a pas à distinguer si la femme est séparée de biens ou non ; mais on sait que depuis 1893 la femme séparée de corps a la pleine capacité civile.

Il n'y a pas lieu non plus de distinguer s'il s'agit de ses *biens réservés* ou de ses biens ordinaires : la loi du 13 juillet 1907 n'a donné à la femme une pleine liberté pour ses biens réservés que relativement aux actes à titre onéreux.

****2903. Testament.** — La loi permet à la femme mariée de faire son testament sans l'autorisation de personne : c'est la manifestation d'une volonté essentiellement personnelle, et un des rares actes que la femme non séparée puisse faire seule pendant le mariage (art. 905, al. 2). La raison de cette différence entre le testament et la donation est que la donation produit un effet immédiat, qui porte atteinte à l'autorité maritale, tandis que l'effet du testament se réalise seulement quand le mariage est dissous et que les pouvoirs du mari ont pris fin.

E. — Incapacité des condamnés aux peines criminelles.

1° Condamnés à des peines perpétuelles.

2904. Incapacité spéciale dont ils sont frappés. — Jusqu'en 1854, les condamnés aux peines perpétuelles étaient en état de mort civile. Depuis l'abolition de la

[1] Il résulte de là que la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut valablement révoquer une donation précédemment faite (Paris, 24 avril 1869, D. 70. 2. 221, S. 69. 2. 288).

mort civile, ces condamnés sont frappés d'une incapacité particulière; ils ne peuvent aucunement disposer de leurs biens, *ni par donation entre vifs, ni par testament* (L 31 mai 1854, art. 3, al. 1er). En outre, par une sévérité supplémentaire, le testament fait par eux en temps de capacité est annulé (même art., al. 2). — Cette incapacité est un débris de la mort civile, qui a été conservé pour maintenir une différence entre ces criminels et les condamnés à des peines moindres.

Elle atteint le condamné à mort, comme les condamnés aux travaux forcés ou à la déportation ; mais pour lui l'annulation du testament antérieur est le seul point qui offre véritablement de l'intérêt.

En cas de condamnation par contumace, la déchéance n'est encourue que cinq ans après l'exécution par effigie.

2905. Restitution de la capacité par mesure administrative. — Le gouvernement peut relever le condamné de tout ou partie des incapacités dont il est frappé (L. 31 mai 1854, art. 4). Cette disposition évite un des plus graves inconvénients de la mort civile : quand un condamné mort civilement avait des enfants en âge de se marier, il était impossible de leur constituer une dot : leur père était privé du droit de faire des donations et l'art. 511 C. civ., qui prévoit le mariage de l'enfant d'un interdit, était inapplicable. Quand le condamné a obtenu cette espèce de restitution administrative, il lui devient possible de doter ses enfants conformément à l'art. 511.

2° Condamnés à des peines criminelles non perpétuelles.

2906. Leur état d'interdiction. — Ces condamnés sont simplement en état d'*interdiction légale*, c'est-à-dire qu'ils ont perdu l'*exercice* de leurs droits, mais non la *jouissance*. Les actes à faire en leur nom sont accomplis par leur tuteur. En principe, celui-ci n'est pas autorisé à faire des *donations*, si ce n'est pour l'établissement des enfants du condamné, sous les conditions et dans les formes prescrites par l'art. 511 (t. I, n° 2096).

D'ailleurs l'incapacité de disposer n'existe que pour les *donations* ; on laisse au condamné le *droit de tester*. En le déclarant incapable, on cherche surtout à lui retirer les moyens de s'évader et de se procurer des complices par des libéralités ; le testament ne donne qu'une espérance trop lointaine et trop fragile pour déterminer des concours bien actifs en pareilles circonstances.

Rappelons que l'interdiction légale suppose une *condamnation contradictoire* ; elle a lieu en effet « pendant la durée de la peine », et aucune peine n'est subie en vertu d'une condamnation par contumace.

F. — Anciennes incapacités abolies.

2907. Incapacité des étrangers. — Le *droit d'aubaine* (ci-dessus, n° 1728), rendait les étrangers incapables de laisser des *successions testamentaires*, tout aussi bien que des successions ab intestat. On défendait donc aux étrangers de faire leur testament. On leur permettait au contraire de *disposer par acte entre vifs*, parce que la donation était considérée comme un mode d'aliéner appartenant au droit des gens ; on pensait que les modes d'aliéner entre vifs étaient de droit naturel, tandis que tous les modes de transmission par décès étaient de pur droit civil, et comme tels, refusés aux étrangers (Ricard, *Des donations*, 1re partie, chap. III, sect. V, nos 202 et suiv. ; Furgole, chap. IV, sect 2, n° 50 ; Pothier, *Donations*, n° 4).

Cette incapacité des étrangers de disposer par testament a été définitivement abolie par la Révolution (L. 8-15 avril 1791, art. 3) ; elle n'a pas été rétablie par le Code Napoléon. En effet, son art. 912 déclarait les étrangers incapables de *recevoir* par donation ou testament, mais il leur laissait le droit de disposer par testament aussi bien que par donation entre vifs.

2908. Incapacité des religieux. — Les religieux profès étaient anciennement en état de mort civile (t. I, n° 372), et à ce titre incapables de tester ; de plus, comme

ils ne possédaient rien en propre, ils ne pouvaient faire aucun don. La Révolution a aboli les ordres monastiques, et quand ils ont reparu, le droit civil avait cessé de reconnaître des effets juridiques aux vœux religieux. Cependant un décret du 17 février 1809 (art. 10) avait enlevé aux religieuses hospitalières le droit de disposer par testament. Il a été abrogé par la loi du 24 mai 1825, qui a réglementé les libéralités faites par les membres des congrégations religieuses de femmes.

§ 2. — *Des incapacités absolues de recevoir.*

** **2909. Distinction.** — Certaines personnes sont absolument *incapables de recevoir* des libéralités, en ce sens qu'il n'y a aucun moyen de les gratifier. D'autres sont seulement *incapables d'accepter* les libéralités qui leur sont faites. Au premier cas l'incapacité existe pour le fond même du droit ; au second, pour son exercice seulement. Sur ce double sens du mot « incapacité », voyez t. I, n° 1610.

* **2910. Énumération.** — Sont réellement incapables de recevoir : 1° *les personnes non encore conçues* ; 2° *les condamnés aux peines afflictives perpétuelles* ; 3° les *associations non reconnues d'utilité publique* ; 4° les *établissements publics ou privés* sont parfois frappés d'une *incapacité partielle* qui les empêche de recevoir au delà de certaines limites fixées par la loi. Ensuite il y aura lieu de dire quelques mots de la prétendue incapacité des *personnes incertaines*, et de l'incapacité qui frappait autrefois les *étrangers*.

Sont seulement incapables d'accepter : 1° les *personnes morales autres que l'État* ; 2° les *incapables* proprement dits (femmes mariées, mineurs, etc., etc.).

A. — Personnes réellement incapables de recevoir.

1° Personnes non encore conçues.

** **2911. Disposition de la loi.** — Pour acquérir un droit, il faut exister. On considère comme déjà vivant l'enfant qui n'est encore que conçu (t. I, n° 367) : on permet donc de lui faire des libéralités, sous la condition toutefois qu'il naîtra ensuite vivant et viable. Mais ni par donation ni par testament on ne peut gratifier une personne qui n'est pas encore conçue, soit au jour de l'acte, s'il s'agit d'une donation, soit au jour du décès du disposant, s'il s'agit d'un legs. Telle est la règle écrite dans l'art. 906, al. 1 et 2.

Cet article a une origine historique, qu'il faut connaître pour le comprendre. On trouvera sur ce sujet des détails plus complets que je n'en puis fournir ici dans la thèse de M. Ed. Lambert, sur la *Stipulation pour autrui*, Paris, 1893, 2e partie, §§ 165 à 184. — Sur la possibilité théorique de créer

des droits au profit de personnes futures, voir ROGUIN, *La règle de droit*, n° 45.

2912. Précédents en matière de donations. — Une pratique très ancienne permettait de faire, au moment d'un mariage, une donation au profit des enfants à naître des deux époux ; cette donation était valable parce que l'on considérait le notaire comme stipulant pour l'enfant et acceptant à sa place[1]. La validité de ces donations faites par contrat de mariage aux enfants à naître n'a jamais été contestée depuis, et le Code les autorise encore (art. 1082).

Mais la pratique ancienne ne s'était pas arrêtée là. Elle avait admis que, *même en dehors de tout mariage*, l'intervention d'un notaire permettait de faire des donations à des personnes futures. Jusqu'au XVIe siècle, les docteurs étaient unanimes en ce sens (voyez les citations dans LAMBERT, § 177). Au XVIe siècle il se fit une réaction contre cette pratique des *stipulations notariales*. L'art. 133 de l'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539) décida que la donation n'aurait d'effet qu'à partir du jour où elle aurait été réellement acceptée par le donataire, ce qui rendait vaine l'acceptation faite au nom de l'absent par le notaire (comp. ord. de février 1731, art. 5)[2]. Spécialement pour les non-conçus, François Hotman en donnait une raison théorique ; on ne comprend pas un contrat dans lequel l'un des contractants n'existe pas : « Deest persona, cum qua ulla conventio intercedat ». Cela équivalait en effet à faire une donation par un acte unilatéral.

2913. Précédents en matière de testaments. — Il était jadis admis que les libéralités testamentaires pouvaient être faites à des enfants à naître et qu'elles leur profitaient même quand ils n'étaient pas encore conçus au décès du disposant. Toutefois, à raison de l'incertitude que faisaient planer sur la dévolution des successions les institutions d'héritier faites au profit d'enfants à naître, le chancelier d'Aguesseau établit une distinction. Il décida que l'institution d'héritier serait nulle si celui qui en bénéficiait n'était pas encore conçu au décès du testateur (ord. août 1735, art. 49). Il restait d'ailleurs possible d'adresser par testament des legs particuliers à des personnes non encore conçues. Sur cette distinction, voyez SALMON, *La fondation*, 1906, n° 13.

****2914. Innovation du Code.** — Le Code a généralisé et complété le système établi par les ordonnances. Il est actuellement impossible de faire *aucune libéralité*, même à titre particulier, *soit par donation entre vifs, soit par testament*, à des personnes qui ne sont encore ni nées ni conçues au jour du décès ou de la donation.

Il serait impossible d'éluder la loi en insérant dans la donation ou dans le testament la condition « si nascatur ». Autrefois il a été fait grand usage de cette condition pour permettre aux personnes futures de bénéficier d'institutions conditionnelles (arrêt du 24 mars 1665 rapporté par BONIFACE, *Arrêts du Parlement de Provence*, t. II, liv. 1, tit. 8, chap. 2. — Comp. FAVRE, *De erroribus pragmaticorum*, déc. 33, liv. 8, n° 18).

[1] Donation faite par le sieur de Torètes, dans le contrat de mariage de son neveu, le sieur de Saint-Gonhard, « primo masculo ex dicto matrimonio... nascituro, notario pro eo stipulanti » (BOERIUS, *Decisiones supremi senatus Burdigalensis*, quest. 172). La donation est valable « quia notarius potest pro absentibus et his qui nondum nati sunt stipulari ». — Gui-Pape emploie sa question 67 à ce sujet : « De donatione nascituris filiis », et il cite un arrêt (sans date) du Parlement de Paris, ayant décidé en ces termes : « Sic in proposito valet stipulatio per notarium interposita ad opus filii nascituri. »

[2] Malgré les ordonnances, l'usage des donations à un enfant à naître a longtemps persisté, en se cachant sous la forme d'une stipulation pour autrui. Bien après l'ordonnance de 1539, les jurisconsultes s'en occupent encore, et leurs controverses montrent que le droit n'était nullement fixé sur la question de nullité (BRODEAU SUR LOUET, lettre D, n° LI ; VALIN, sur l'art. 41 de la coutume de la Rochelle ; BASNAGE, sur l'art. 431 de la coutume de Normandie ; FURGOLE, *Questions remarquables*, quest. 27, n° 2).

L'emploi de cette condition était déjà condamné par l'ordonnance de 1735, pour les institutions d'héritier, qui ne devaient valoir « en aucun cas » au profit des non-conçus ; la formule actuelle de l'art. 906 l'exclut d'une façon absolue : la loi exige la capacité actuelle du bénéficiaire à l'époque du décès ou de la donation, sans distinguer entre les libéralités conditionnelles et celles qui sont pures et simples.

*2915. **Exceptions à la règle.** — L'art. 906 reçoit deux exceptions : 1° au cas de substitution permise ; 2° pour les donations faites par contrat de mariage aux enfants à naître des époux. Ces deux espèces de libéralités profitent à des personnes non encore conçues au jour où elles sont faites. Il en sera traité plus loin.

2916. **Limite de la prohibition. — Malgré la généralité des formules employées par le législateur, il ne faudrait pas croire qu'une personne soit incapable de profiter d'une libéralité faite à une époque où elle n'était pas encore conçue. Il faut à cet égard distinguer entre les personnes qui sont *attributaires directs de la libéralité,* et celles qui en recueillent *indirectement* le bénéfice *par l'intermédiaire d'autrui.* La prohibition n'est faite que pour les premières ; les secondes ne sont ni donataires, ni légataires, elles bénéficient seulement de *l'exécution d'une charge* apposée à la libéralité. Tous les jours, on voit des legs et des donations adressés à des villes ou à des établissements publics, à la condition de distribuer annuellement des secours ou des prix, de doter des ménages pauvres, etc. Quand ces fondations sont anciennes, elles profitent à des générations conçues depuis qu'elles ont été faites ; cela est possible parce que c'est la ville ou l'établissement qui en a la charge, que l'on considère comme en étant juridiquement le bénéficiaire, bien que cette ville ou cet établissement n'en retire qu'un profit indirect. Voyez ci-dessous, n° 3020, et comparez ce qui est dit ci-après, au n° 2920.

2° Condamnés aux peines afflictives perpétuelles.

2917. Leur incapacité. — Ces condamnés sont ceux dont il a déjà été parlé ci-dessus, n° 2904. De même qu'ils sont incapables de disposer, ils sont également incapables de recevoir à titre gratuit (L. 31 mai 1854, art. 3). La loi permet cependant de leur faire des donations ou des legs, *à titre de pension alimentaire.* En outre, comme il a déjà été dit, le gouvernement peut les relever de leur incapacité en tout ou partie.

3° Associations non reconnues.

2918. Bibliographie. — Marguerie, *Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, Revue critique,* 1878, t. XLIV. — Voyez aussi les ouvrages et articles indiqués aux n°s 2936 et 3330, ci-dessous.

2919. **Incapacité des associations d'après la législation. — On sait que le législateur, qui redoute la formation et l'accroissement des propriétés collectives, ne permet pas aux associations de posséder des biens sous cette forme, avant d'avoir été *reconnues d'utilité publique* (t. I, n°s 3031 et suiv.). Mais leur situation a subi des variations législatives.

Période antérieure a 1901. — Une association non reconnue était considérée comme *dépourvue de personnalité*. Elle était, par suite, *incapable* de recevoir des libéralités ; elle n'avait pas d'existence légale, bien que fonctionnant en fait. La libéralité qui lui était adressée ne pouvait donc avoir aucun effet, elle était non avenue, et la nullité n'en était pas couverte par son exécution même et par la délivrance qui en avait été consentie (Nîmes, 18 juill. 1892, D. 93. 2. 490, S. 93. 2. 45 ; Cass., 2 janv. 1894, L. 94. 1. 81, S. 94. 1. 129. Nombreux arrêts plus anciens).

État de fait. — En fait, les biens donnés ou légués étaient souvent recueillis par les membres de l'association, auquel cas ils se trouvaient dans l'indivision entre eux, à moins que l'un d'eux, jouant le rôle de prête-nom, ne tînt lieu de propriétaire apparent unique. Avant 1901, cette situation était régie uniquement par les principes généraux du droit, et elle donnait lieu parfois à des questions délicates. Telle fut l'affaire de la congrégation de Saint-Viateur, dont il a déjà été parlé (t. I, n° 2447), et où l'on vit se produire une revendication plus de trente ans après la donation : les héritiers du disposant prétendaient être restés propriétaires, parce que la propriété ne se perd pas par le non-usage, et que la congrégation gratifiée, n'ayant pas d'existence légale, n'avait pu ni acquérir ni prescrire. Leur demande fut cependant rejetée, parce que la Cour considéra qu'avant toute revendication, il eût fallu commencer par annuler l'acte qui avait dépouillé le disposant, et que cette action en nullité se trouvait prescrite (Cass., 5 mai 1879, D. 80. 1. 145, S. 79. 1. 313). Ce serait un autre point à discuter, que de savoir s'il y a vraiment lieu à une action en nullité dans les cas de nullité absolue (voyez t. I, n°s 338 et 339-4°). En statuant de cette façon, la Cour évitait de se prononcer sur l'imprescriptibilité de la revendication.

Avertie par ces exemples, la pratique antérieure à 1901 avait eu recours à un procédé particulier, parfaitement régulier et conforme au Code civil : c'était l'emploi des *sociétés civiles,* qui mettait les associations à l'abri de toute surprise. Voici en quoi il consistait. Plusieurs personnes, qui s'intéressaient à l'œuvre, formaient entre elles une société civile, en stipulant, conformément à l'art. 1868, qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait entre les survivants. Cette société, fondée pour un temps très long n'avait d'autre objet que d'être propriétaire des immeubles utilisés par l'association, et cet objet était conforme à l'art. 1841. De cette façon, beaucoup d'associations vivaient librement, sous la protection du droit commun, et en échappant à tout contrôle du gouvernement.

Loi de 1901. — La loi du 1er juillet 1901 a tout changé. Ce régime libéral, qui résultait de l'absence de textes spéciaux et dont l'épanouissement était récent, a été remplacé par une réglementation étroite et sévère, régime de défiance conforme à toutes nos traditions antérieures. Tout d'abord, la capa-

cité de recevoir à titre gratuit est un privilège réservé, comme avant 1901, aux seules *associations reconnues d'utilité publique* (ci-dessous, n° 2937). Quant aux autres, qu'elles soient ou non *déclarées,* il leur est absolument interdit de recevoir des libéralités ; elles ne peuvent se former un actif qu'en économisant sur le montant de leurs cotisations, et pour leur enlever un moyen détourné de recevoir des dons, on a fixé à 500 francs la somme qui peut leur être versée à titre de rachat des cotisations (L. 1901, art. 6). D'autre part, le système des sociétés civiles a été pratiquement rendu impossible par l'art. 17, qui empêche les associations de posséder par l'intermédiaire d'une société civile, et qui même établit une présomption d'interposition de personne dans certains cas. Sur l'énergie de cette présomption et sur sa rétroactivité, voyez Cass., 3, 4, 10 juin 1907, 22 mars et 27 avril 1909, P. et S. 1009. 1. 177, et une importante note de M. Chavegrin. Voyez aussi Cass., 26 juin 1912, D. 1913, 1. 178.

2920. Tempéraments admis en pratique. — Opinions doctrinales. — Beaucoup de testateurs cherchent à conférer utilement une libéralité directe à un établissement non encore reconnu, *en la subordonnant à la condition expresse ou tacite qu'il se fera autoriser.* Cette condition est pour les associations l'équivalent de la condition « si nascatur » pour les enfants non encore conçus. Aussi la grande majorité des auteurs la déclare nulle (Demolombe, t. XVIII, n°s 586-589 ; Aubry et Rau, t. VII, § 649, notes 5 et 6). Cependant sa validité a été jadis soutenue (Troplong, *Donations et testaments*, t. II, n° 612), et elle est défendue aujourd'hui par de bons esprits (Jacquier, *Des congrégations religieuses,* p. 251 et suiv. ; Théod. Tissier, *Dons et legs,* n° 85). Ce dernier auteur est d'avis que les établissements qui fonctionnent en fait peuvent être assimilés à des enfants conçus, et par suite acquérir des droits sous la condition d'être ultérieurement reconnus. L'assimilation est d'autant plus exacte que cette période d'existence de fait a été souvent imposée à des établissements qui sollicitaient leur reconnaissance d'utilité publique, cette faveur ne leur étant accordée qu'après qu'ils avaient prouvé leur aptitude à vivre et la nature des ressources qui assuraient leur avenir[1].

Jurisprudence civile. — La Cour de cassation décide en principe que la reconnaissance d'utilité publique, survenant dans la suite, même accompagnée de l'autorisation d'accepter la libéralité, est inopérante : *elle ne rétroagit pas* (Cass., 12 avril 1864, D. 64. 1. 218, S. 64. 1. 153 ; Cass., 14 août 1866, D. 67. 1. 110, S. 67. 1. 61 ; Cass., 7 févr. 1912, D. 1912. 1. 433). Mais elle admet un correctif qui rend cette solution tolérable en

[1] Toutefois la pratique administrative paraît renoncer à cette exigence. Voyez les conclusions de M. Romieu (Cons. d'État, 22 mai 1903, D. 1904. 3. 1).

pratique, et qui consiste à traiter les associations non encore reconnues de la même manière que les enfants non encore conçus : si elles ne peuvent pas être attributaires directs d'une libéralité, *elles peuvent en bénéficier indirectement* ; il suffira que le legs soit adressé nominalement à une personne existante et grevé d'une charge au profit de l'établissement incapable ; celui-ci, *une fois reconnu*, sera admis non seulement à recueillir le bénéfice de la disposition faite à son profit, mais même à exercer une action en justice pour contraindre le légataire à exécuter la charge qui lui est imposée (Cass., 21 juin 1870, D. 71. 1. 97, S. 70. 1. 367 ; Cass., 8 avril 1874, D. 76. 1. 225, S. 74. 1. 258). Ainsi il suffit au disposant d'employer ce détour pour assurer à sa disposition une pleine efficacité : au lieu de faire une libéralité directe, sous la condition suspensive d'une reconnaissance à obtenir du gouvernement, il recourra au procédé détourné du legs avec charge. Comp. ci-dessous, n° 3345.

Jurisprudence administrative. — Selon M. Marguerie, le Conseil d'État va beaucoup plus loin et ne s'embarrasse plus de ces subtilités. Anciennement, il jugeait dans le même sens que la Cour de cassation ; mais depuis un décret du 16 août 1859[1], il admet d'une manière constante que le gouvernement peut par un seul et même acte reconnaître un établissement et l'autoriser à accepter une libéralité faite en sa faveur, même plusieurs années auparavant[2]. Mais l'assertion de M. Marguerie paraît inexacte[3].

4° Établissements à capacité limitée.

***2921. Règles générales applicables aux associations.** — Restriction du droit de recueillir des immeubles. — Les *syndicats professionnels* ne peuvent posséder, en fait d'immeubles, que ceux qui sont nécessaires à leur fonctionnement (L. 21 mars 1884, art. 6, al. 3). Si on leur donne un immeuble n'ayant pas ce caractère, la donation est nulle ; la nullité en peut être demandée par le procureur de la République ou par les intéressés, et l'immeuble fait retour au disposant ou à ses héritiers ou ayants cause (même loi, art. 8).

Un régime analogue a été institué pour toutes les associations en général par la loi du 1er juillet 1901, art. 11 ; il est donc devenu le droit commun

[1] Il est impossible de savoir si ce décret est le premier en date ou s'il n'a fait que continuer une jurisprudence déjà admise, à cause de la destruction des Archives du Conseil d'État en 1871 (Marguerie, *Revue critique*, 1878, p. 516).

[2] Comp. la note de M. Lévy-Ullmann, dans *Sirey*, 1905. 1. 137, où se trouve une analyse de la jurisprudence du Conseil d'État. Voyez aussi l'article de M. Tissier, dans le *Répertoire*, de Béquet, v° Dons et legs, n° 86, et les notes de la section de l'intérieur du 27 janvier 1883 et du 29 juin 1892, signalées *ibidem*.

[3] D'après une note anonyme du Dalloz (D. 1912. 1. 433), les décisions du Conseil d'État signalées par M. Marguerie sont exceptionnelles et généralement le Conseil d'État donne un avis contraire. La formule ordinaire est : « Il n'y a pas lieu de statuer, l'établissement n'ayant pas d'existence légale ».

pour les associations reconnues d'utilité publique (art. 11). Toutefois cette loi est moins sévère que celle de 1884 : au lieu de prononcer la nullité de la donation et de faire revenir l'immeuble au disposant, elle décide simplement que les immeubles non nécessaires au fonctionnement de l'association sont vendus et que le prix en est versé à sa caisse. La loi nouvelle n'ayant pas dérogé aux lois sur les syndicats professionnels (art. 21), ceux-ci ne bénéficient pas de cette disposition favorable.

Incapacité de recevoir avec réserve d'usufruit. — D'après l'art. 11 de la loi du 1er juillet 1901, les associations même reconnues d'utilité publique ne peuvent accepter une donation faite avec réserve d'usufruit au profit du donateur. C'est la généralisation d'une règle semblable qui avait été établie par l'art. 4 de l'ordonnance du 14 janvier 1831 ; elle était alors dirigée contre les congrégations. Il y a peut-être lieu de regretter son extension, car l'autorisation du gouvernement, qui est toujours nécessaire, paraît une sauvegarde suffisante. Cette prohibition est d'autant plus difficile à justifier qu'elle est inefficace et crée une gêne inutile. En effet, il reste licite de constituer une créance à terme, payable au décès du disposant ; en garantissant cette créance par une hypothèque on arrive à une sécurité à peu près absolue pour l'association gratifiée. La prohibition ne peut s'étendre à ce genre de disposition, car elle est d'interprétation stricte, et une créance à terme n'est pas assimilable à une propriété grevée d'usufruit. On ne peut pas dire qu'un débiteur à terme a l'usufruit de la somme qu'il doit. Enfin, si la jurisprudence (ce qui paraît peu probable) interprétait la prohibition légale de façon extensive, il resterait encore aux donateurs qui veulent conférer un droit *actuel* à l'association à s'entendre avec une Compagnie d'assurances, qui leur achèterait la nue propriété de leurs biens et verserait le capital à l'association gratifiée. Tout ce que le législateur obtiendrait par cette prohibition vexatoire serait de faire gagner de l'argent aux Compagnies d'assurances aux dépens des institutions charitables ou d'utilité publique.

2922. Règle spéciale aux congrégations de femmes. — Une incapacité particulière frappe les congrégations religieuses de femmes : elles ne peuvent recevoir, de qui que ce soit, une *libéralité faite à titre universel* ; il leur est seulement permis de recevoir à titre particulier (L. 24 mai 1825, art. 4-1°). Le motif qui a dicté une pareille disposition sous le gouvernement monarchique n'est pas une pensée d'hostilité contre les congrégations. On n'a pas voulu qu'elles se trouvassent mêlées à des contestations et à des procès à titre de successeurs universels. La qualité de successeurs particuliers, qu'on leur impose, ne les empêche pas de recevoir de fortes libéralités, et elle les dispense de la charge des dettes et des obligations du défunt.

Toutefois, lorsque la congrégation instituée comme légataire universel a un but charitable, la nullité se trouve évitée s'il est reconnu en fait que le véritable gratifié n'est pas la congrégation elle-même, considérée comme personne civile, mais la *catégorie de pauvres* qu'elle assiste ou dont elle a la charge. Voyez ci-dessous, n° 3001. Les pauvres ont, en effet, une capacité pleine et entière pour recevoir des libéralités (ci-dessous, n° 2992).

2923. Effet de la spécialité des établissements publics. — La jurisprudence administrative a établi comme un principe que *chaque établissement a des attributions limitées*, qui sont *définies par son objet même*, et hors desquelles son activité ne peut pas s'étendre. Ce principe, dit *de la spécialité*, est une entrave destinée à contenir les établissements publics en limitant leur action. Il est nécessaire d'entrer à ce sujet dans quelques détails, à cause de la répercussion que cette jurisprudence a sur le droit civil.

Origine. — La règle de la spécialité n'existait pas dans notre ancien droit. Pothier, qui s'est occupé des *corps* ou communautés capables de posséder des biens à l'instar des personnes (*Des personnes*, nos 210-231), ne soupçonne pas qu'il puisse y avoir pour eux une restriction de ce genre ; et en fait, dans notre ancienne pratique, les fondations les plus variées étaient adressées indistinctement à tous les établissements, qui pouvaient

toujours les accepter avec le bon plaisir du roi. Les rédacteurs du Code ont fait comme Pothier ; ils n'ont pas même entrevu l'utilité de cette spécialisation des différents établissements existants. C'est le Conseil d'État qui, dans le courant du XIXe siècle, a élaboré peu à peu la doctrine de la spécialité, au milieu de bien des incertitudes et non sans changer plusieurs fois de système.

BIBLIOGRAPHIE. — On peut lire sur ce sujet, TH. TISSIER, *Dons et legs*, t. I, nos 226 et suiv., p. 494 ; BÉQUET, article sur la *Capacité des fabriques*, dans la *Revue d'administration*, 1881 ; PLANIOL, note dans *Dalloz*, 95. 1. 217 ; BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif, Table*, vo *Spécialité* ; H. RIPERT, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif*, thèse, Paris, 1906.

ÉTENDUE D'APPLICATION. — La règle de spécialité ne peut pas s'appliquer indistinctement à toutes les personnes civiles. D'abord l'État a par lui-même une généralité d'attributions qui exclut toute idée de spécialisation. Il en est à peu près de même de ses subdivisions territoriales, comme le département et la commune. Les autorités qui les représentent ont reçu une mission générale : elles doivent posséder des pouvoirs suffisants pour donner satisfaction à tous les intérêts et à tous les besoins régionaux ou locaux, quelque variés qu'ils soient[1].

Le principe de spécialité ne concerne donc ni l'État, ni les départements, ni les communes. Il est fait *seulement pour les établissements détachés des administrations publiques et érigés en organes distincts*, doués de personnalité. Pour ceux-ci la règle admise par le Conseil d'État équivaut à une application du principe économique de la *division du travail* : les services de chaque établissement étant confinés dans un objet déterminé, on évite les doubles emplois qui seraient fréquents, et on diminue les chances de conflits.

Enfin les motifs de la spécialité ne concernent nullement les associations privées. Si la spécialisation des services est une règle d'ordre, nécessaire dans les administrations publiques, le régime des associations privées doit être tout différent. Ce qui leur convient c'est *la liberté d'initiative*, et par suite la *multiplicité des efforts* : la concurrence d'établissements semblables les uns aux autres, ayant le même but, les mêmes services, au lieu d'être un fait fâcheux est un bien certain ; c'est l'indice d'une grande activité dans la nation (comp. note dans D. 95. 1. 217). L'objet d'une association dépend de ses statuts : ses fondateurs peuvent lui assigner plusieurs objets à la fois, s'ils ne jugent pas ce cumul au-dessus de leurs forces.

SANCTION. — Qu'arriverait-il si le Gouvernement avait autorisé un établissement à accepter une libéralité accompagnée de charges et de conditions étrangères à son objet naturel ? On doit prévoir le fait, car l'appréciation de ces questions comporte une grande part d'arbitraire, et dépend beaucoup du courant politique qui domine le Gouvernement ; à de certaines époques, le Conseil d'État s'est montré très large en cette matière, à d'autres très rigoriste. Le principe de spécialité n'est qu'une *pratique administrative*, qui peut avoir son utilité, et qui se justifie quand on n'en abuse pas ; ce n'est pas une *règle du droit*. On doit donc refuser absolument d'en faire une *condition de validité* de la libéralité ; ce serait contraire aux textes mêmes du Code civil, qui portent que les établissements publics et d'utilité publique sont *capables de recevoir* sous la seule condition d'être autorisés par le Gouvernement ; cette autorisation obtenue, la validité de l'acte ne peut pas être mise en doute. Comp. note dans *Dalloz*, 95. 1. 217, col. 2. Dans le même sens, MARQUES DI BRAGA et C. LYON, *Obligations et responsabilité des comptables publics*, vo Responsabilité de fait, no 187. En sens contraire, TH. TISSIER, *Dons et legs*, no 263. Un arrêt a annulé pour *incapacité* une donation faite à une fabrique comme ne rentrant pas dans son *objet*[2] parce qu'il s'agissait d'entretenir une

[1] Dans le même sens TISSIER, *Dons et legs*, t. I, p. 680-681 : l'État, le département et la commune « personnifient tous les intérêts collectifs de leurs ressortissants ».

[1] Pour comprendre ces questions, il faut bien se rendre compte d'une distinction nécessaire entre l'*objet* d'un établissement et la *capacité* de la personne fictive qu'il forme. L'objet est *l'œuvre pour laquelle l'établissement a été fondé* : ainsi les hospices et

école (Dijon, 11 juin 1896, D. 98. 2. 279, S. 96. 1. 129). Mais il a été jugé qu'un hospice avait pu être autorisé à accepter une libéralité destinée à l'entretien et à la fondation d'une salle d'asile pour les enfants pauvres (Cass., 26 mai 1894, D. 95. 1. 217), parce que la salle d'asile a un caractère mixte, à la fois maison d'éducation et établissement de bienfaisance. Nous retrouverons cette question dans la théorie d'ensemble des fondations (ci-dessous, n° 3337).

5° Personnes incertaines.

2924. Bibliographie. — E. Audouin, *Des dispositions en faveur des personnes incertaines*, thèse, Paris, 1890.

** **2925. Nécessité de déterminer la personne du bénéficiaire.** — Toute libéralité, qu'elle se fasse par donation ou par legs, établit un *rapport juridique* entre deux personnes, le disposant et le gratifié. Ce rapport peut commencer par être un simple *rapport d'obligation* ; dans les donations, par exemple, le donateur peut se constituer *débiteur* envers le donataire du montant de la donation. Mais, en fin de compte, il aboutit toujours à *une transmission de biens d'une personne à une autre.*

Il est clair, par suite, qu'une libéralité n'est possible qu'à la condition que son bénéficiaire soit *déterminé.* S'il y a indétermination absolue, l'établissement d'un rapport de droit est impossible ; la libéralité est irréalisable. Il est donc nécessaire que le disposant précise d'une manière suffisante les personnes qu'il entend gratifier, soit qu'il les indique lui-même d'une manière individuelle, soit qu'il donne tout au moins un moyen de les reconnaître, qu'il les rende, en un mot, *déterminables.*

* **2926. Abandon des anciennes idées romaines.** — En toute cette matière le droit moderne s'est complètement affranchi des traditions romaines. Le droit romain a possédé une théorie des *personnes incertaines*, qui n'est plus de mise actuellement. On appelait « personæ incertæ » celles dont le testateur ne pouvait pas se faire une idée précise *au moment où il testait*, « quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat » (*Institutes*, liv. II, tit. 20, § 25). Ces personnes étaient considérées comme incapables et le legs qui leur était fait restait nul alors même qu'au jour du décès on eût un moyen sûr de les reconnaître. Ainsi on annulait les libéralités adressées « à celui qui viendra le pre-

les hôpitaux sont faits pour recevoir et soigner les malades, les aliénés, les infirmes, les vieillards ; les fabriques paroissiales étaient instituées pour veiller à la conservation et à l'entretien des églises, et pour administrer les biens affectés à l'exercice du culte (Décr. 30 déc. 1809, art. 1er). C'est donc l'objet qui limite, au point de vue économique ou social, *l'activité* de la personne morale. Ainsi il était contraire à l'objet très limité des fabriques de posséder et de faire fonctionner une école publique ou un établissement hospitalier ; elles ne pouvaient donc être autorisées à accepter de libéralités à elles faites dans ce but. C'est l'application du principe de spécialité. L'idée exprimée par le mot de « capacité » est toute différente et *purement juridique.* Il faut entendre par là les *divers actes juridiques* que les représentants de la personne morale peuvent *accomplir valablement* au nom de la collectivité. La capacité est donc le *moyen* à l'aide duquel l'objet, c'est-à-dire *le but de la fondation*, sera rempli.

Les deux idées sont bien distinctes. Cependant on les confond presque toujours, et le législateur lui-même le fait. Ainsi la loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels, a traité pêle-mêle, dans l'art. 6, les questions d'objet et les questions de capacité. D'une part, ce texte défend aux syndicats de s'occuper d'autre chose que des *questions économiques* qu'ils sont chargés d'étudier (question d'objet) ; de l'autre il leur permet d'ester en justice par leurs représentants et d'acquérir des biens sous certaines réserves (question de capacité).

mier à mes funérailles », « à celui qui épousera ma fille », et principalement celles qui étaient faites aux posthumes et aux personnes civiles.

La législation a bien changé depuis : Justinien lui-même, par une constitution dont nous connaissons l'existence et l'objet, bien que le texte en soit perdu, avait permis d'instituer les personnes réputées jusque-là incertaines. On devrait donc abandonner la vieille expression romaine de « personnes incertaines », dont on abuse dans les arrêts et dans les livres, pour se servir de l'expression « personnes indéterminées », qui n'a pas l'inconvénient de réveiller les souvenirs romains.

****2927. Définition moderne.** — La seule définition des personnes dites « incertaines » qu'on doive donner actuellement est celle-ci : ce sont les personnes qui, *à raison de leur indétermination,* ne peuvent figurer dans un rapport juridique dont la formation suppose *des sujets définis.* D'ailleurs, pour qu'une personne soit suffisamment déterminée, il n'est pas nécessaire qu'elle soit *individuellement désignée*; il suffit qu'elle fasse *partie d'une catégorie déterminée de personnes.*

Remarquons qu'il n'existe dans nos lois aucune définition des personnes incertaines, ni rien qui puisse servir à construire cette définition ou à la contredire.

***2928. Observations.** — 1° Combinaison avec l'incapacité des personnes futures. — L'obstacle à la formation d'une libéralité, provenant de l'*indétermination du bénéficiaire,* se trouve souvent combiné avec un autre obstacle provenant de son *inexistence actuelle* : ainsi les personnes futures sont souvent tout à la fois indéterminées et incapables d'être gratifiées à raison de leur inexistence. Les deux choses sont cependant distinctes. Ainsi des personnes actuellement existantes peuvent très bien être insuffisamment déterminées pour recevoir une libéralité. Et à l'inverse, une personne future, le premier enfant qui va naître d'un mariage, peut très bien être suffisamment déterminée. Nous ne nous occupons ici que de l'indétermination du bénéficiaire. Sur les personnes futures, voyez ci-dessus, n°s 2911 et suiv.

Sur les personnes incertaines au profit desquelles s'exécute la charge d'un legs attribué à un bénéficiaire déterminé, voyez ci-dessous, n°s 3016 et suiv.

2° L'indétermination n'est pas une incapacité. — Dans la théorie romaine, les « personæ incertæ » pouvaient avoir été déterminées par le testateur avec une précision suffisante pour les reconnaître. Il en résultait que la personne gratifiée, qu'on empêchait de recueillir le legs, apparaissait véritablement comme un *incapable.* Actuellement il n'en est plus de même. L'obstacle qui empêche les personnes indéterminées de recueillir est un *simple obstacle de fait* : on ne sait pas qui elles sont[1].

[1] Voyez un exemple de libéralité devenue sans objet comme faite à des personnes réellement incertaines, au sens moderne du mot, c'est-à-dire *indéterminées,* dans Reynaud, *Notes de jurisprudence,* p. 267, à la date du 16 mars 1893. Autres exemples de legs annulés comme faits à des personnes incertaines : legs de 50 000 francs « aux parents que j'aurai oubliés » (Douai, 26 juill. 1904, D. 1905. 2. 448, S. 1906. 2. 78); legs fait à tous les parents paternels sans limitation de degré (Trib. Charleville, 9 nov. 1901, D.

Toutes les décisions judiciaires qui ont annulé, comme faites à des personnes incertaines, des libéralités adressées à des catégories de personnes déterminées, doivent être considérées comme de *véritables erreurs* de la justice, lorsqu'elles ne se justifient pas par quelque autre raison[1].

6° Étrangers.

***2929. Abolition de leur incapacité.** — Sous l'ancien droit les étrangers étaient incapables de recevoir *par testament*. Cette incapacité, qui avait été abolie dès le début de la Révolution, quand on supprima le droit d'aubaine, fut rétablie et même aggravée par le Code civil, qui déclara les étrangers incapables de recevoir *par donation* aussi bien que *par testament* (art. 912). Mais cet article a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819.

B. — Personnes incapables d'accepter sans autorisation.

1° Incapables proprement dits.

***2930. Interdits.** — La libéralité offerte à un interdit doit être acceptée par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille (art. 463).

***2931. Personnes pourvues d'un conseil judiciaire.** — C'est l'incapable lui-même qui doit accepter, et il n'a pas besoin pour cela de l'assistance de son conseil, car l'acceptation des donations ou des legs ne figure pas dans l'énumération des actes qui lui sont interdits par les art. 499 et 513.

2932. Sourds-muets. — L'art. 936 formule la règle suivante : le sourd-muet qui sait écrire peut accepter une donation par lui-même ou par un fondé de pouvoirs. Pour celui qui ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur spécial qui lui est nommé dans les mêmes formes, que s'il s'agissait d'un mineur émancipé.

****2933. Femmes mariées.** — La donation offerte à une femme mariée non séparée de corps ne peut être acceptée par elle qu'*avec l'autorisation de son mari* (art. 934). Bien qu'il s'agisse d'acquérir à titre gratuit, il y a une raison de décence et de moralité qui veut que le mari connaisse

1905. 2. 402). — Mais voyez comme exemples de legs reconnus valables quoique faits à des personnes incertaines, Rennes, 11 nov. 1901, sous Req. 28 juill. 1903, D. 1905. 1. 425, S. 1903. 1. 87 (legs fait à la domestique que le testateur aurait à son service le jour de son décès) ; Cass., 1er févr. 1904, D. 1904. 1. 295 (legs fait à des parents non dénommés, en cette forme : « Je lègue *à la famille* de M. L..., tant du côté de son père que du côté de sa mère, partageant par têtes »). Voyez aussi Trib. civ. Douai, 11 mai 1903, *Recueil de Douai*, 1904. 231, et Cass., 19 oct. 1908, P. et S. 1909. 1. 427.

[1] Je signalerai entre autres comme étant, à mon sens, des erreurs certaines, un arrêt de Bruxelles, du 16 avril 1883 (D. 85. 2. 27) et un arrêt de Riom, du 29 juin 1859 (D. 59. 2. 196). — D'autres décisions se justifient par des raisons diverses. Ainsi un testateur fait un legs *à sa dépouille mortelle* (Trib. Orange, 30 déc. 1887, D. 89. 3. 63) ; en réalité, il n'y a pas de légataire, le prétendu légataire n'est ici qu'une *chose* et non une personne. — De même, un testateur lègue la nue propriété d'un bien *à la succession* de la personne à laquelle il en lègue l'usufruit (Trib. Seine, 23 févr. 1858, D. 60. 1. 454) ; un pareil legs tend à créer un interrègne dans la propriété et il arriverait que jusqu'au décès du légataire d'usufruit les biens légués n'appartiendraient à personne ; la transmission de propriété qui résulte du legs doit s'accomplir au jour du décès.

et approuve les libéralités faites à sa femme. Cette disposition est également applicable aux legs, car l'art. 217 défend à la femme, en termes généraux, *d'acquérir à titre gratuit sans autorisation.*

Toutefois, *en cas de refus injuste du mari*, la femme pourrait être autorisée par justice conformément aux règles générales (art. 218).

*2934. **Mineurs non émancipés.** — Leur situation est réglée par les art. 463 et 935. L'acceptation doit être faite en leur nom : 1° par le tuteur ; 2° par les père et mère ou autres ascendants du mineur.

Pour le tuteur, quand il en existe un, l'acceptation est *obligatoire* : il serait responsable au cas où l'offre aurait été retirée ou serait devenue caduque, grâce à son retard à l'accepter.

Pour les parents qui n'ont pas la tutelle, c'est une *simple faculté*. Tous ont également et concurremment le droit d'accepter au nom de leur descendant mineur ; le père n'exclut pas la mère ; le père et la mère n'excluent pas les autres ascendants. Cela est ainsi établi afin que la donation soit plus sûrement acceptée et que le mineur n'en soit pas privé : les père et mère pourraient être froissés de voir le donateur leur préférer à eux-mêmes leur enfant et refuser d'accepter par dépit ou jalousie. La mère peut même accepter sans y être autorisée par son mari et malgré son opposition (Cass., 22 janv. 1896, D. 96. 1. 184, S. 96. 1. 344). Elle peut ainsi faire pour son enfant ce qu'elle ne pourrait pas faire pour elle-même.

Le tuteur doit se faire autoriser à accepter la donation par le conseil de famille (art. 463). Cette autorisation n'est pas exigée pour les ascendants par l'art. 935, al. 3 ; elle ne leur est pas nécessaire alors même qu'ils auraient la tutelle : l'obligation générale que l'art. 463 impose au tuteur ne peut pas les priver du droit spécial qu'ils tiennent de l'art. 935 en leur qualité d'ascendants.

La donation (ou le legs) ainsi acceptée aura « même effet qu'à l'égard d'un majeur », dit l'art. 463. Cela signifie que si la donation est *onéreuse* et contient des charges, le mineur s'en trouvera régulièrement tenu. Toutefois cette conséquence de l'acceptation qui est écrite dans l'art. 463, ne paraît applicable qu'au cas où c'est le tuteur qui accepte avec l'autorisation du conseil de famille, seul cas prévu par cet article. Quant à l'acceptation faite spontanément par un ascendant en vertu de l'art. 935, elle paraît bien supposer que la donation est pure et simple ; s'il y a lieu de contracter des obligations au nom du mineur, il faut que l'acte soit régulièrement autorisé conformément aux règles ordinaires de la tutelle.

Quand c'est le tuteur lui-même qui fait la donation, il doit avoir soin de la faire accepter par le subrogé tuteur ou par un tuteur *ad hoc* (Rouen, 27 févr. 1852, D. 53. 2. 26 ; Cass., 27 juill. 1892, D. 92. 1. 457, S. 93. 1. 121), car il ne peut lui-même autoriser son pupille à traiter avec lui.

2935. Mineur émancipé. — L'acceptation doit être faite avec l'assistance du curateur (art. 935). Cette assistance suffit toujours ; l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire.

2° Personnes fictives.

2936. Bibliographie. — Marguerie, *Dictionnaire général d'administration*, v° Dons et legs. — Théod. Tissier, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique*, 2 vol., 1896 (extrait du *Répertoire de droit administratif*, de Béquet et Laferrière, t. XII) ; thèse sur le même sujet, Paris, 1890. — A. Pitois, *Des legs aux personnes morales*, thèse, Paris, 1890. — Voyez aussi Lot, cité ci-dessous, n° 2940, et la bibliographie des *Fondations*, ci-dessous, n° 3330.

*2937. **Nécessité d'une autorisation.** — Les établissements publics

ou d'utilité publique, les associations ou sociétés douées de personnalité peuvent recevoir des libéralités ; seulement ces libéralités doivent être autorisées par le gouvernement (art. 910 et 937). L'établissement gratifié n'est pas incapable de recevoir ; il est seulement incapable d'accepter sans autorisation. Sur les motifs de cette autorisation, voyez t. I, n° 3031, ainsi que le préambule de l'édit d'août 1749, et Th. Tissier, n° 341.

Origine. — La nécessité d'une autorisation administrative n'est pas une invention du droit moderne ; elle existait déjà et depuis bien longtemps, sous l'ancienne monarchie. Cependant elle ne remonte pas jusqu'au droit romain, qui a toujours ignoré cette pratique d'une autorisation d'acquérir donnée à des établissements déjà constitués. Son origine se trouve *dans les institutions féodales*. Chaque seigneur percevait sur les terres qui relevaient de lui divers *profits* (*quint*, *rachat* ou *relief*), à toute mutation de vassal ; mais il s'en trouvait privé, lorsqu'une terre était donnée à une personne qui ne mourait point, comme un couvent ou une église. De là, la nécessité d'obtenir son consentement, qu'il donnait moyennant finance : on l'*indemnisait* et la terre était dès lors *amortie*. Faute d'avoir payé cette indemnité, le vassal de mainmorte pouvait être obligé de *vider ses mains* ; il ne pouvait conserver la terre qui n'avait pas été régulièrement amortie. Comme le consentement des seigneurs *suzerains* [1] était également nécessaire de proche en proche jusqu'au roi, celui-ci finit par déclarer qu'aucun amortissement ne serait désormais valable sans sa permission (Ord. du 8 mai 1372, art. 11. — Comp. ord. de Noël 1275). Voyez aussi sur l'amortissement, les *Institutes coutumières* de Loysel, les *Dictionnaires* et *Glossaires* de Ragueau, de Ferrière, de Denisart, etc. Après avoir eu ainsi une origine *purement fiscale*, le contrôle royal sur les acquisitions des gens de mainmorte ne tarda pas à acquérir un autre caractère et à se transformer en une surveillance politique et administrative, comprise dans les droits de souveraineté. Tel est aujourd'hui son seul fondement.

De nombreuses ordonnances de détail furent rendues à ce sujet. Voyez notamment déclaration du 5 juillet 1689. Enfin parut un édit général très important, l'édit d'août 1749, rédigé par le chancelier d'Aguesseau, qui dans ses art. 14 à 17 a précisé les règles de l'autorisation nécessaire aux acquisitions des personnes de mainmorte.

Conséquence. — La nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement a conduit à la prohibition des *dons anonymes* : le gouvernement veut connaître la personne qui donne, et il refuse d'autoriser l'acceptation quand le disposant ne se fait pas connaître (Avis de la section de l'intérieur, 25 janvier 1882, n° 41, 168 ; Tissier, *op. cit.*, t. II, p. 103).

2938. Formes de l'acceptation. — 1° Autorités compétentes pour donner l'autorisation. — L'art. 910 primitif se bornait à exiger, en termes vagues, *un arrêté du gouvernement* ; le texte actuel, qui date de 1816, dit *une ordonnance royale*. Les formes en ont été réglées par différents textes, entre autres par l'ordonnance du 2 avril 1817, qui est restée longtemps en vigueur. On en trouve l'énumération dans les *Codes Tripier*, en note sous l'art. 910. Voyez aussi Aubry et Rau, t. VII, § 649, lettre *h*. Finalement la loi du 4 février 1901 a statué en termes généraux sur la matière et établi un système d'ensemble [2]. Voyez ses dispositions, spécialement l'art. 4 pour les établisse-

[1] De nos jours presque tout le monde se méprend sur le sens du mot *suzerain* : on s'en sert pour désigner le seigneur immédiat d'un fief et on le met en antithèse avec le mot vassal. C'est une erreur : ce mot est un *comparatif* et désigne le seigneur supérieur dont la personne considérée est *séparée par un seigneur intermédiaire* ; le seigneur direct d'un vassal s'appelait *seigneur proche* et jamais suzerain ; son suzerain, c'était le seigneur de son seigneur. Suzerain vient de *supranus*, supérieur. Voyez Ducange, Ragueau, Godefroy, etc.

[2] L'état actuel de notre législation sur la question de savoir qui doit autoriser l'acceptation des dons et legs faits à des personnes fictives forme un véritable chef-d'œuvre de complication. On en trouvera un tableau synoptique, commode à consulter, dans le *Code civil annoté* du *Dalloz*, édition de 1905, t. II, p. 387.

ments publics, qui établit un système variable selon la nature communale, départementale ou nationale de l'établissement gratifié. On y remarque que les libéralités adressées à des *établissements d'utilité publique* sont autorisées en principe *par les préfets* ; exceptionnellement, s'il s'agit d'*immeubles* valant plus de 3 000 francs, l'autorisation est donnée *par décret en Conseil d'État* (art. 5). Pour les *communes* il existe un système spécial (voyez l'art. 3). A noter aussi l'art. 7, d'après lequel, toutes les fois qu'il y a une *réclamation de la part de la famille du disposant*, l'autorisation ne peut être donnée que par un décret en Conseil d'État. Cette disposition est absolue et s'applique quelle que soit la personne morale gratifiée.

2° Consultation des héritiers. — La pratique administrative a organisé une autre formalité préalable à l'acceptation, et que le Code civil n'avait pas prévue : c'est la nécessité de consulter la famille du disposant. Elle a été établie par l'ordonnance du 14 janvier 1831, art. 3, et réglementée à nouveau par un décret du 1er février 1896. Quand on connaît les héritiers, on leur envoie une mise en demeure dont les formes ont été déterminées par une circulaire du ministre de la Justice, du 8 avril 1893. Les héritiers ont trois mois pour présenter leurs réclamations. Cette consultation n'a pas lieu pour les dispositions entre vifs, et, même pour les legs, elle n'est pas toujours nécessaire. — L'avis des héritiers ne lie jamais le gouvernement ; l'autorisation d'accepter peut être accordée malgré leur opposition, ou refusée quoiqu'ils consentent à l'exécution du legs.

Le gouvernement ne se sert jamais du droit qu'il a de refuser l'autorisation pour assurer aux héritiers leur réserve légale : ceux-ci doivent s'adresser aux tribunaux pour l'obtenir (Note du 4 janvier 1893). Mais le gouvernement accorde souvent des *autorisations partielles*, dans le but de laisser aux familles une part de la succession, quand il le juge convenable. Voyez à ce sujet Cass., 6 nov. 1878, D. 79. 1. 249. — Sur toutes ces questions voir Tissier, *Dons et legs*, nos 405, 413, 465 et suiv.

2939. Acceptations anticipées. — D'après l'art. 937, l'acceptation ne pouvait avoir lieu qu'après que l'autorisation d'accepter avait été accordée à l'établissement gratifié. Cette manière de procéder entraînait des retards ; pendant qu'on attendait l'autorisation administrative, le donateur pouvait mourir ou retirer son offre et la libéralité était perdue. Trois lois postérieures au Code ont modifié sur ce point la procédure à suivre et permis de donner d'avance une acceptation provisoire faite à titre conservatoire, qui vaut pour conclure la donation et qui se trouve plus tard confirmée, si l'autorisation est accordée (L. 18 juillet 1837 pour les communes ; L. 10 mai 1838 pour les départements ; L. 8 avril 1851 pour les hospices et hôpitaux). Pour tous les autres établissements, l'art. 937 a subsisté avec tous ses inconvénients jusqu'à la loi du 4 février 1901 qui a généralisé ce système : aux termes de son art. 8 « tous les établissements peuvent, sans autorisation préalable, accepter provisoirement ou à titre conservatoire les dons ou legs qui leur sont faits ». Sur la possibilité de *consigner* la somme donnée ou léguée, en attendant l'acceptation définitive, voyez Cass., 5 mars 1900, P. 1901. 1. 257, avec une note de M. Charmont.

***2940. Cas exceptionnels où l'autorisation n'est pas nécessaire.** — Syndicats professionnels. — Pendant très longtemps on a considéré la règle de l'art. 910 comme absolue et ne comportant d'autre exception que celle qui profite à l'État français lui-même parce qu'il n'existe personne au-dessus de lui pour l'autoriser[1]. Cependant la loi du 21 mars 1884 a apporté à ce principe une exception tout à fait remarquable. Il résulte de l'ensemble des dispositions de cette loi que les syndicats professionnels n'ont pas besoin d'autorisation pour accepter les libéralités qui leur sont faites ; à leur égard, la surveillance de l'État s'exerce *sous une forme répressive*, par l'annulation des acquisitions irrégulières, et non au moyen d'une *autorisation préalable*, comme pour les établissements publics et les associations reconnues. En ce sens, Trib. Seine, 16 juill. 1896,

[1] Notons cependant que la loi du 4 février 1901 dit que ces libéralités sont *autorisées* par un décret du Président de la République (art. 1er). Comment l'État peut-il *s'autoriser lui-même* à accepter ?

D. 98. 2. 138. Comparez Avis du Conseil d'État, 30 juill. 1891, rendu sur le rapport de M. Béquet, et voyez Tissier, *Dons et legs*, nos 208 et suiv.

Sociétés civiles et commerciales. — Leur capacité de recevoir des libéralités est discutée dans la doctrine[1] et la jurisprudence est rare[2] ; mais l'opinion qui tend à prévaloir est que les sociétés de commerce sont capables de recevoir des libéralités et qu'elles peuvent les accepter sans avoir à solliciter l'autorisation administrative qui n'est imposée par l'art. 910 qu'aux établissements publics ou d'utilité publique. Les sociétés sont fondées tout exprès pour s'enrichir ; on les laisse donc augmenter leur avoir sans aucune espèce de restriction ni de surveillance. Elles jouissent de la *même liberté* pour leurs *acquisitions* que pour leur *formation*, et cette tolérance est aussi ancienne qu'elles-mêmes.

Charges d'hérédité. — Il se rencontre des cas dans lesquels l'autorisation ne peut être sollicitée par personne ; c'est quand il s'agit de ce qu'on appelle au Conseil d'État une *charge d'hérédité*[3], c'est-à-dire une obligation imposée à un héritier ou à un légataire d'employer une certaine somme dans un but déterminé, mais sans conférer de droit à aucun établissement contre lui. Par exemple, quand le testament porte qu'il devra employer 1 000 francs en bonnes œuvres[4]. En pareil cas, il n'y a personne qui devienne créancier du legs et qui puisse demander l'autorisation d'accepter. L'autorité administrative n'a donc rien à autoriser, et l'exécution de cette charge, abandonnée à la discrétion de l'héritier, peut se faire sans son assentiment. Sur ce point, voyez Théod. Tissier, *Dons et legs*, nos 69 à 71 et 346 à 348 ; et Reynaud, *Notes de jurisprudence*, édit. de 1899, p. 229, édit. de 1892, p. 164.

Dons ou legs modiques. — Depuis longtemps les offrandes ou dons modiques, qui ne constituent aucune fondation perpétuelle et qui portent seulement sur une certaine somme d'argent à distribuer immédiatement en charités, ne comportent pas la formalité de l'autorisation. Par exemple une somme de 500 fr. à distribuer aux pauvres (Cass., 27 nov. 1876, D. 77. 1. 152 ; Dépêche du ministre de l'Intérieur, du 8 octobre 1891, *Journal des Conseils de fabrique*, 1893, p. 74 ; Solution de l'enregistrement, 13 août 1893). — Une dispense générale est faite implicitement pour les établissements religieux ou hospitaliers autorisés à placer des troncs dans leurs locaux ou à faire des quêtes, et cependant les libéralités obtenues par ce moyen peuvent être considérables, car il n'y a aucune limite légale à leur chiffre.

Dons et legs aux établissements publics sans charges ni conditions. — Enfin une dispense plus large a été accordée, mais *seulement aux établissements publics*, par la loi du 4 février 1901 : aux termes de son article 4, les dons ou legs qui ne comportent ni *charges*, ni *conditions*, ni *affectation immobilière*[5], peuvent être acceptées par

[1] Pour l'affirmative, Ch. Lyon-Caen, dans *la Loi* du 27 avril 1881 ; comp. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. II. nos 119-122. — Pour la négative, Labbé, dans *Sirey*, 81. 2. 249, *Journal du Palais*, 1881, 1233 ; Cassagnade, *Étude sur les personnes morales*, p. 130 et suiv. ; Th. Tissier, *Dons et legs*, no 87. Voyez aussi André Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, thèse, Paris, 1895. Comp. A. Pitois, thèse, Paris, 1887, p. 151-171.

[2] Trib. civ. de la Seine, 30 mars 1881, D. 83. 3. 31, S. 81. 2. 249. Ce jugement admet que les sociétés commerciales peuvent recevoir des libéralités pourvu que leur objet soit conforme aux opérations de la société. Comp. Cass. (motifs), 2 janv. 1894, D. 94. 1. 81, et le rapport de M. le conseiller Cotelle.

[3] L'expression est trop étroite, car la pratique signalée au texte est également applicable aux charges des donations entre vifs. Elle a prévalu cependant, parce que ces charges sont infiniment plus fréquentes dans les dispositions testamentaires.

[4] La distinction des legs et des simples charges d'hérédité a donc une importance pratique considérable. Elle est d'une application délicate, car il s'agit avant tout d'une interprétation de volonté : le testateur a-t-il entendu donner action au bénéficiaire contre son héritier ? Le Conseil d'État paraît se régler sur trois considérations différentes : l'existence *d'un établissement déterminé* pour recueillir la charge, *la modicité* ou l'importance de celle-ci, et la nécessité de l'exécuter *immédiatement*. Voyez à ce sujet les affaires caractéristiques rapportées par M. Th. Tissier, *Dons et legs*, en note sous le no 348.

[5] L'affectation immobilière, qui est l'obligation de faire un placement en immeubles, n'est elle-même qu'une charge ou condition d'une nature particulière.

eux sans autorisation. Ceci n'est qu'une généralisation de la jurisprudence qui vient d'être indiquée pour les dons modiques ; la disposition de la loi de 1901 en diffère cependant sur deux points : 1° elle peut s'appliquer à des dons considérables ; 2° elle ne profite pas aux établissements d'utilité publique, ainsi que cela résulte du rapprochement de l'art. 4 et de l'art. 5 conçus en termes fort différents. J'estime cependant que ce dernier texte laisse subsister la tolérance précédemment établie par la jurisprudence pour les dons ou legs de sommes modiques.

2941. Difficultés relatives aux dons manuels. — Les dons manuels adressés aux établissements publics ou d'utilité publique soulèvent un certain nombre de difficultés qui ne peuvent être examinées ici. Disons seulement qu'en principe ces libéralités sont soumises comme les autres à la nécessité de l'autorisation : elles sont dispensés des *formes* requises pour les donations entre vifs, mais la nécessité d'une autorisation n'est pas une formalité, c'est une question de *capacité* (Conseil d'État, Avis de la section de l'intérieur, 12 mai 1886 et autres, dans Reynaud, *Notes de jurisprudence*, p. 232 ; Circ. minist. de l'Intérieur, 31 janvier 1887, *Bulletin du ministère de l'Intérieur*, 1887, p. 16)[1]. Il faut toutefois tenir compte de la dispense accordée aux dons modiques (ci-dessus, n° 2940). Pour les difficultés diverses auxquelles donnent lieu les dons manuels, voir la thèse de M. Gaillard, *Des dons manuels faits aux personnes morales*, Paris, 1896 ; et Théod. Tissier, *Dons et legs*, n°s 349 et suiv.

2941 *bis*. Effets de l'autorisation administrative. — Lorsque le Gouvernement ou l'Administration a régulièrement autorisé un établissement public ou d'utilité publique à accepter une donation ou un legs, cette autorisation ne fait pas obstacle à ce que la validité de la libéralité soit contestée devant les tribunaux judiciaires (Ord. 2 avril 1817, art. 7. — Cons. d'État, 7 déc. 1877, D. 78. 3. 45 ; — Cons. d'État, 24 déc. 1863, D. 64. 3. 19 ; Cass., 2 janv. 1877, D. 77. 1. 13 ; Cass., 30 mars 1897, D. 98. 1. 153).

2942. Comparaison avec l'édit de 1749. — Le régime actuellement appliqué aux établissements publics et d'utilité publique n'est plus le même que celui qu'avait établi l'édit d'août 1749. Les différences principales sont les suivantes :

1° L'édit prohibait entièrement les libéralités testamentaires au profit des gens de main-morte (art. 17) ; elles sont aujourd'hui permises.

2° Il était nécessaire d'obtenir des lettres-patentes même pour les acquisitions à titre onéreux (art. 16) ; l'autorisation n'est plus exigée que pour les acquisitions gratuites, sauf de rares exceptions.

3° Les lettres-patentes n'étaient nécessaires que pour l'acquisition de biens nouveaux et non pour les simples *fondations pieuses ou charitables* (messes ou obits, soulagement des pauvres et des malades, etc.) pour lesquelles il suffisait d'obtenir l'homologation du Parlement ou du Conseil supérieur du ressort.

Sur les acquisitions de biens par les établissements religieux sous l'ancien droit français, voyez la thèse de M. Coulondre, Paris, 1886.

§ 3. — *Incapacités relatives de disposer et de recevoir.*

2943. Énumération. — On a vu déjà que l'incapacité relative de recevoir est toujours *corrélative à l'incapacité de disposer* : une personne est

[1] Avant 1901, on admettait déjà que l'autorisation d'accepter pouvait être donnée *après* la réalisation du don manuel (Cass., 18 mars 1867). Il en est encore de même aujourd'hui (Cass., 26 juill. 1910, P. et S. 1912. 1. 573). Toutefois le don ne devenait définitivement valable qu'après l'autorisation obtenue. Avis de la section de l'intérieur, du 12 mai 1886 (Tissier, t. II, p. 94). Au Conseil d'État on se contentait d'une lettre missive du donateur, annonçant l'intention de donner, pour autoriser l'acceptation du don projeté.

incapable de recevoir d'une autre, laquelle est incapable de lui donner. Ces incapacités sont au nombre de six, qui sont celles :

1° des *enfants naturels,* incapables de recevoir de leurs parents au delà d'une certaine quotité ;

2° du *tuteur,* incapable de recevoir de son pupille ;

3° du *médecin,* incapable de recevoir de ses malades ;

4° du *ministre du culte,* incapable de recevoir des personnes qu'il assiste ;

5° des *officiers de marine,* incapables de recevoir des personnes qui sont à bord de leur navire ;

6° des *congrégations religieuses de femmes,* incapables de recevoir de leurs membres.

2943 *bis.* **Ancienne incapacité des concubins et jurisprudence actuelle.** — Les personnes vivant en état de concubinage étaient jadis incapables de se faire des libéralités l'une à l'autre. Le Code Michaud, de janvier 1629, déclarait nulles « toutes donations faites à concubines » (art. 132). Quelques coutumes, comme celles de Tours, le disaient expressément, et la prohibition était généralement admise (Pothier, *Donations entre vifs,* n° 31). Le Code Napoléon n'a pas conservé cette incapacité[1] ; on a voulu supprimer des débats scandaleux trop fréquents ; mais pour éviter un mal on est tombé dans un autre, et il se trouve que la loi favorise des spéculations éhontées. La jurisprudence, désireuse de maintenir le respect dû aux bonnes mœurs, a élaboré peu à peu un nouveau système de répression qui a tant bien que mal remplacé l'ancienne prohibition. C'est Merlin qui dans son *Répertoire,* au mot « Concubinage », a posé les bases de ce système ; les arrêts et les auteurs venus après lui n'ont fait que développer ce qu'il avait dit. Ils admettent en principe que les concubins sont capables de se faire des libéralités l'un à l'autre (Cass., 2 juill. 1866, D. 66. 1. 378, S. 66. 1. 356 ; Cass., 10 août 1885, D. 86. 1. 212, S. 88. 1. 470 ; Paris, 14 nov. 1894, D. 95. 2. 125). Cependant la libéralité peut être annulée, si elle a eu pour but l'établissement ou la continuation des relations de concubinage. Elle cesse alors d'être une donation pour devenir une convention intéressée, une sorte de marché honteux, dans lequel la somme promise est le prix d'une complaisance coupable, le « salaire du vice » (Cass., 26 mars 1860, D. 60. 1. 255, S. 60. 1. 321 ; Cass., 4 janv. 1897, D. 97. 1. 126, S. 98. 1. 309 ; Cass., 21 mars 1898, D. 1903. 1. 403. ; Dijon, 22 mars 1900, D. 1901. 2. 45)[2].

[1] Le projet de l'an VIII contenait un article prohibant les dons de concubin à concubine (Fenet, t. II, p. 275, art. 11) ; il fut supprimé sur les observations du tribunal de Lyon. Sur la façon dont a disparu l'ancienne incapacité des concubins, voyez les observations jointes à un arrêt de cassation, du 13 août 1816, dans le *Sirey chronologique.*

[2] La jurisprudence n'exige pas, comme elle le fait pour les donations faites à des enfants adultérins ou incestueux, que la preuve de la cause illicite résulte de l'acte

La donation entre concubin doit donc recevoir son exécution, si elle a été faite dans une pensée désintéressée, après que toutes relations ont cessé[1]. L'examen de la jurisprudence montre qu'en fait les actes entre vifs sont seuls annulés et que les libéralités testamentaires sont toujours validées.

Enfin il se produit dans la jurisprudence un autre courant parallèle au précédent, et beaucoup plus favorable aux concubins, au moins dans certaines circonstances : il consiste à considérer la somme promise à la concubine comme la réparation du dommage matériel ou moral qu'a pu lui causer l'établissement des relations illicites, et à traiter l'engagement souscrit par son amant comme la reconnaissance et l'exécution d'un devoir moral ou d'une obligation naturelle [2].

A. — Incapacité des enfants naturels.

1° Enfants naturels simples.

a. — *Système primitif du Code civil.*

***2944. Concordance entre l'aptitude à succéder et l'aptitude à recevoir.** — Le Code civil avait établi contre les enfants naturels une incapacité rigoureuse : l'enfant ne pouvait prendre dans la succession de ses père et mère qu'une part très réduite (art. 757 ancien), et comme il était facile de prévoir que les parents chercheraient souvent à faire parvenir à leur enfant une part plus forte de leurs biens au moyen de libéralités, on avait décidé que l'enfant ne pourrait *rien recevoir, ni par donation entre vifs, ni par testament, au delà de sa part successorale* (art. 908 ancien).

Tout se tenait dans ce système : le législateur, qui désirait alors voir les particuliers contracter des unions légitimes, les y poussait en frappant l'homme dans son affection la plus chère, celle qu'il a pour ses enfants.

***2945. Moyen de tourner la loi.** — Le système du Code avait cependant un point faible : il suffisait aux parents *de ne pas reconnaître leur enfant* pour pouvoir lui donner ou lui léguer aussi librement qu'à un étranger. Comme la recherche de la pater-

lui-même, et qui est ordinairement un billet souscrit au profit de la concubine, sans indication de cause ou avec une cause fictive. Elle a admis que le fait du concubinage peut être établi par tous les moyens possibles, par témoins, ou par la production d'une correspondance échangée entre les concubins alors que les billets souscrits n'y font aucune allusion (Cass., 23 juin 1887, D. 89. 1. 35, S. 87. 1. 361). Sur les variations qui se sont produites à cet égard, voyez la note de M. Sarrut, D. 1903. 1. 403..

[1] Le contraire a été jugé une fois (Besançon, 19 mars 1862, D. 62. 2. 58), mais cet arrêt doit être considéré comme condamné par la jurisprudence postérieure, qui a toujours motivé les annulations qu'elle prononçait par l'idée d'un pacte immoral, c'est-à-dire par un motif d'une portée limitée et qui prend fin en même temps que le concubinage.

[2] C'est encore Merlin qui a émis le premier l'idée, en supposant que le donateur avait pu avoir un motif absolument moral, comme « de réparer le tort causé à la réputation de la personne gratifiée ou de la mettre désormais à l'abri du besoin et de la tentation de recourir à d'aussi honteuses ressources ». Certains arrêts ont accueilli cette idée (Trib. civ. Lyon, 21 juill. 1858, D. 60. 1. 256 ; Grenoble, 23 janv. 1864, D. 64. 5. 255, S. 64. 2. 222 ; Liège, 15 févr. 1875, D. 76. 2. 49 ; Aix, 10 janv. 1878, S. 78. 2. 211 ; Rennes, 7 mars 1904, D. 1905. 2. 305). Voyez cependant Aix, 25 janv. 1883, D. 83. 2. 237. Bien entendu, ce *devoir moral* ne peut exister que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple quand il s'agit d'une jeune fille séduite, ou d'une femme qui auparavant menait une vie honnête. On n'a donc pas à craindre que cette jurisprudence puisse servir à valider des libéralités inconsidérées au profit du monde de la galanterie ; elle ne profitera jamais qu'à une sorte d'élite morale.

nité était interdite, et que la jurisprudence n'autorise les recherches de maternité que *dans l'intérêt de l'enfant*, le moyen était infaillible. A vrai dire, il coûtait cher, car l'enfant n'étant pas reconnu, n'avait ni parents ni famille, ni nom à porter. De plus, le père ou la mère, qui usait de ce moyen, pouvait toujours craindre de se voir surpris par la mort avant d'avoir eu le temps de prendre les dispositions nécessaires, et de laisser son enfant sans ressources. Néanmoins, en fait, il était fort employé, et c'était une cause imprévue qui contribuait à rendre rares les reconnaissances d'enfants naturels.

En revanche, la jurisprudence avait admis qu'une reconnaissance de filiation, même irrégulière en la forme, suffisait pour faire annuler la libéralité, quand il résultait des circonstances que la considération du lien de parenté illégitime en avait été la cause déterminante, par exemple quand la personne gratifiée était indiquée dans le testament comme étant l'enfant naturel du testateur (Cass., 7 déc. 1840, D. 41. 1. 44, S. 41. 1. 140 ; Paris, 11 août 1866, D. 66. 2. 168, S. 67. 2. 137 ; Caen, 11 déc. 1876, D. 78. 5. 192, S. 77. 2. 8).

b. — *Système actuel.*

****2946. Principe nouveau.** — En 1896, quand on a amélioré la situation de l'enfant naturel au point de vue successoral, en augmentant considérablement sa part héréditaire, on lui a en même temps accordé une capacité plus grande pour recevoir des libéralités, en permettant à ses père et mère de *dépasser, par des dispositions spéciales, la limite des droits successoraux de l'enfant.* Encouragé par une partie de l'opinion, le législateur moderne tend maintenant à traiter l'enfant naturel comme les enfants légitimes ; il n'a pas osé le faire lui-même, il a permis aux parents de le faire.

Tout le système de la loi nouvelle repose sur une *distinction entre les donations entre vifs et les testaments.* L'aptitude de l'enfant à recevoir, qui était jadis la même pour les deux espèces de libéralités, est aujourd'hui variable.

***2947. Maintien de l'ancien système pour les donations.** — D'après l'al. 1er du nouvel art. 908, les enfants naturels « ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions ». C'est donc la même règle qu'autrefois : le père ou la mère ne peut avantager son enfant par ce procédé ; la capacité de recevoir entre vifs est réglée sur la vocation héréditaire. Toutefois comme celle-ci se trouve augmentée par la loi du 25 mars 1896, l'enfant peut recevoir des donations beaucoup plus considérables qu'auparavant.

La prohibition d'avantager l'enfant par donation entre vifs s'applique à toutes les variétés de donations, même à celles qui lui sont faites par contrat de mariage ; l'exception qui avait été proposée en faveur de ces dernières n'a pas été admise (séance du 22 mars 1895, D. 96. 4. 29, col. 3).

***2948. Système nouveau pour les testaments.** — Ce qui n'est pas permis pour les donations est permis pour les legs : le père ou la mère peut *avantager l'enfant par testament* (art. 908, al. 2). Rappelons tout d'abord que cette faculté n'a d'intérêt qu'autant que le disposant a des hé-

ritiers légitimes en ligne directe, ou des frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs ; à défaut de ces parents privilégiés, l'enfant naturel recueille seul toute la succession *ab intestat* (art. 760), et par conséquent sa capacité de recevoir, tant entre vifs que par testament, est entière d'après le principe même du Code. Mais quand l'enfant est réduit à une part de la succession par la présence de proches parents appelés à succéder avec lui, son père ou sa mère peut l'avantager et lui laisser plus que sa part héréditaire, soit sous certaines restrictions indiquées plus loin, s'il y a des ascendants (art. 915), soit même la totalité de la succession, s'il n'y a que des collatéraux (art. 916). Voyez n° 2950, ci-dessous.

2949. Motifs et appréciation critique. — Pourquoi le texte actuel fait-il une pareille différence entre la donation et le testament ? Il a été dit dans les discussions de la Chambre que la donation entre vifs était souvent un acte irréfléchi, et qu'elle n'offrait aucune garantie, tandis que le testament qui ne produit d'effet qu'à la mort et que son auteur a pu modifier jusqu'au dernier moment, révèle une volonté sérieuse et persistante (Chambre des députés, Rapport de M. Julien). Cette considération est bien discutable : s'il y a un acte qui rend faciles toutes les surprises, et qui est souvent le fruit de la captation, c'est le testament qui se fait seul et sans témoins, tandis que la donation est entourée de formes qui constituent des garanties très réelles d'indépendance pour le disposant. C'est un fait d'expérience constant, que la rareté des donations entre vifs ; on n'aime pas à donner par ce procédé, qui exige un dépouillement actuel et irrévocable ; presque toutes les libéralités se font par testament. Si le législateur craignait un excès de la part des parents naturels, il a donc ouvert justement la voie par laquelle le danger qu'il redoutait pouvait le plus aisément venir. Ne serait-ce pas plutôt parce qu'il souhaitait qu'on fît usage des facilités nouvelles qu'il donnait pour gratifier les enfants naturels ? Il est à prévoir que l'incapacité partielle, que la loi établit contre les enfants naturels en matière de succession ab intestat, se trouvera effacée pratiquement par les dispositions testamentaires de leurs parents. Au fond, c'est ce que le législateur a voulu, sans oser le dire.

***2950. Limite légale des libéralités testamentaires.** — Cependant la loi n'a pas permis de léguer en toute hypothèse à l'enfant naturel tout ce qui pourrait être légué à un étranger ou à l'un des héritiers légitimes. Cela n'est possible que *lorsqu'il n'existe pas de descendants légitimes.*

Prenons d'abord cette dernière hypothèse, et supposons l'enfant naturel en concours avec des ascendants : il pourra recevoir *les sept huitièmes de la succession*, alors que l'art. 759 lui en donne seulement les trois quarts ; en d'autres termes les ascendants pourront être réduits strictement à leur réserve telle qu'elle est réglée par le nouvel art. 915.

En concours avec des collatéraux (frères et sœurs ou descendants légitimes de frères et sœurs), l'enfant naturel qui aurait eu les trois quarts de la succession en vertu de l'art. 759, pourra recevoir le dernier quart par testament, puisque les collatéraux n'ont pas de réserve ; il obtiendra donc en ce cas, même en présence de frères ou de sœurs, *la totalité de la succession.*

Mais, s'il y a un ou plusieurs descendants légitimes, l'enfant naturel ne peut recevoir au plus qu'*une part d'enfant légitime le moins prenant* (art. 908, al. 2). Ainsi, si l'un des enfants légitimes est appelé à prendre une part

plus forte que les autres au moyen d'une libéralité préciputaire, l'enfant naturel ne pourra pas être gratifié autant que lui.

Bien que la différence faite ainsi entre l'enfant naturel et l'enfant légitime soit minime, il est possible que certains parents se dispensent encore de reconnaître leur enfant, pour conserver toute leur liberté de disposer à son profit : l'intérêt qu'ils ont à cacher sa filiation est devenu moindre qu'avant 1896 ; il n'a pas tout à fait disparu.

2951. Caractère relatif de l'incapacité. — De tout temps, c'est-à-dire avant comme après la loi du 25 mars 1896, l'incapacité de l'enfant naturel a été *relative,* c'est-à-dire qu'elle n'existe que dans ses rapports avec ses père et mère, seules personnes sur la succession desquelles il ait des droits. Il est donc pleinement capable de recevoir, soit par donation, soit par testament, de tous ses autres parents, et notamment de son grand-père et de sa grand'mère naturels.

2952. Combinaison de l'art. 908 avec l'art. 337. — Dans un cas particulier les droits successoraux de l'enfant naturel sont réduits à néant : c'est lorsqu'il a été reconnu pendant un mariage contracté par l'auteur de la reconnaissance avec une tierce personne (art. 337). En résulte-t-il que sa capacité de recueillir à titre gratuit soit anéantie par voie de conséquence ? La question est discutée : la jurisprudence et la doctrine se prononcent en sens contraires l'une de l'autre. Voyez ce qui a été dit sur ce sujet, t. I, n° 1500.

****2953. Sanction de l'incapacité.** — Quand l'enfant naturel a été avantagé au delà des limites de sa capacité, la loi ouvre une *action en nullité* à ceux qui sont appelés à succéder en concours avec lui, descendants ou ascendants du disposant, frères, sœurs ou descendants de frères ou de sœurs (art. 908. al. 1er, *in fine*). Aucune autre personne ne peut agir[1] ; ainsi l'action sera refusée au *conjoint*, qui est entièrement primé par l'enfant naturel, et même, ce qui se comprend moins bien, aux *légataires* qui peuvent concourir avec lui. La loi nouvelle condamne ici la jurisprudence antérieure qui considérait la nullité comme d'ordre public et ouvrait l'action à tout intéressé, même aux légataires (Cass., 7 févr. 1865, D. 65. 1. 49, S. 65. 1. 105 ; Paris, 6 août 1872, D. 73. 2. 174).

La loi suppose d'ailleurs que les personnes qui ont le droit de critiquer la donation viennent à la succession du donateur : c'est en leur qualité d'héritiers lésés par une libéralité excessive qu'elle leur donne action. Par suite, quand il existe des collatéraux exclus par un légataire universel, personne n'a le droit d'attaquer la donation faite à l'enfant naturel, quelque énorme qu'elle soit.

L'effet de l'action est d'obliger l'enfant à *imputer sur sa part* la libéralité

[1] Avant 1896, la doctrine donnait déjà une solution analogue : elle soutenait qu'il s'agissait moins d'une *incapacité* proprement dite que d'une *indisponibilité* créant au profit de la famille légitime *une réserve sui generis* (Demolombe, t. XIV, n° 83 ; Aubry et Rau, t. VII, n° 650 *bis*, note 23 ; Demante, t. IV, n° 28).

qu'il a reçue, et à opérer la *remise à la succession de l'excédent,* s'il y a lieu. Sa renonciation ne l'affranchirait pas de cette obligation qui n'est pas un *rapport* véritable, dû par lui seulement en qualité d'héritier, mais bien une sorte d'*annulation partielle* de la libéralité excessive, qui en amène la réduction à la quotité légale, en toute hypothèse.

2954. Combinaison des deux dispositions de la loi nouvelle. — La loi redoute (bien à tort) des donations excessives faites entre vifs aux enfants naturels ; elle autorise d'une manière beaucoup plus large les libéralités testamentaires, qui sont les plus faciles et les plus fréquentes. Ses auteurs ne se sont pas aperçus que la disposition favorable au testament effaçait indirectement la disposition restrictive des donations : le père qui a fait à son enfant naturel reconnu une libéralité entre vifs excédant la limite légale n'a qu'à lui léguer la même valeur ou le même bien par son testament pour lui permettre de le conserver sinon intégralement, tout au moins dans une proportion bien plus forte.

2° Descendants de l'enfant naturel.

* **2955. Cas où l'enfant naturel est encore vivant.** — Tant que vit l'enfant naturel, aucune libéralité ne peut être faite par ses père et mère à ses propres enfants, au delà des limites fixées par l'art. 908, car ses enfants seraient réputés *personnes interposées*, en vertu de l'art. 911, et la libéralité serait réductible, comme si elle lui avait été faite à lui-même.

* **2956. Cas où l'enfant naturel est décédé.** — Après la mort de l'enfant naturel, ses propres descendants, qui ne sont frappés d'aucune incapacité personnelle, peuvent valablement recevoir de leurs grands-parents des libéralités entre vifs ou testamentaires (Montpellier, 28 janv. 1864, D. 65. 2. 68, S. 64. 2. 84 ; Cass., 21 juill. 1879, D. 81. 1. 348, S. 80. 1. 31). C'est à tort qu'on a essayé de soutenir que l'expression « enfants naturels » de l'art. 908 pouvait s'appliquer même à ses descendants ; dans le langage du Code civil, cette expression ne concerne jamais que l'enfant au premier degré (arg. art. 761 actuel, 759 ancien). Voyez cependant Demolombe, t. XVIII, n° 561. — Tout ceci avait une certaine importance avant 1896, mais, depuis l'extension des droits de l'enfant naturel, l'intérêt de ces observations a beaucoup diminué, puisqu'on peut lui donner à lui-même à peu près tout ce qu'on veut.

3° Enfants adultérins et incestueux.

* **2957. Caractère rigoureux de leur incapacité.** — On sait avec quelle rigueur la loi les a traités : elle ne leur donne que des *aliments* (art. 762-765). Leur capacité de recevoir à titre gratuit ne va pas au delà : ils ne peuvent recevoir par donation ou par legs qu'une pension alimentaire (art. 908, al. 3). La loi de 1896 n'a apporté aucun changement à leur situation.

* **2958. Sanction.** — Si la donation ou le legs qui leur est fait n'avait pas le caractère alimentaire, il serait frappé d'une *nullité absolue,* qui pourrait être opposée à l'enfant adultérin ou incestueux par tout intéressé ; la loi n'a pas reproduit à leur égard l'énumération limitative qu'elle donne des personnes munies de l'action en nullité, à propos des donations faites aux enfants naturels simples.

* **2959. Inutilité de la loi.** — Du reste, toute cette sévérité légale vient se briser en pratique contre l'impossibilité d'établir légalement la filiation adultérine ou inces-

teuse, dont la reconnaissance volontaire est tout aussi bien interdite que sa recherche en justice. Les cas dans lesquels cette filiation se trouve régulièrement prouvée sont infiniment rares, de sorte que l'incapacité de recevoir édictée par l'art. 908 est à peu près illusoire et qu'un grand nombre d'enfants adultérins reçoivent en fait des libéralités considérables de leurs parents. Ils sont considérés comme *étrangers à leurs parents*, et dès lors comme capables de recevoir des libéralités, sans autre limite que celle qui résulte du droit commun fixant la quotité disponible.

La jurisprudence a voulu faire respecter la loi et comme elle ne peut annuler la libéralité pour incapacité, puisque la filiation du donataire n'est pas réputée connue, elle l'annule pour cause illicite [1]. Toutefois la libéralité faite au profit d'une personne que le donateur considérait comme son enfant adultérin ou incestueux n'est annulée qu'autant que la preuve de cette opinion résulte de l'acte lui-même, ordinairement un testament, qui la donne comme en ayant été la raison déterminante (à l'arrêt de 1860 cité à la note joignez Cass., 6 déc. 1876, D. 77. 1. 492 ; Pau, 16 juin 1884, D. 85. 2. 254 ; Limoges, 27 févr. 1900, D. 1902. 2. 281). Cette limitation était nécessaire à cause des textes formels de la loi qui interdisent absolument la recherche de toute filiation adultérine ou incestueuse. Il en résulte que, sous la seule condition d'être discrets, et de ne pas se parer ostensiblement de leur paternité, les parents d'enfants adultérins ou incestueux échappent aux dispositions de la loi.

B. — Incapacité du tuteur.

2960. Sa durée et son motif. — Le tuteur ne peut recevoir aucune libéralité de son pupille, pas même par testament. Cette incapacité dure encore quand la tutelle a cessé, *jusqu'à ce que le compte définitif de la tutelle ait été rendu et apuré* (art. 907). On craint un abus d'influence du tuteur, qui pourrait chercher à se faire gratifier en utilisant le pouvoir qu'il a pu prendre sur l'esprit de l'enfant.

Il suffit que le compte soit rendu et apuré, c'est-à-dire *vérifié* ; il n'est pas nécessaire que le reliquat ait été payé ni qu'un délai quelconque se soit écoulé depuis l'apurement du compte ; l'art. 472, qui exige ces conditions, est relatif à une autre sorte d'actes.

2961. Sa généralité. — La loi ne fait d'exception que pour les *ascendants*, qui ont ou qui ont eu la tutelle (art. 907, al. 3). Leur qualité de parents est une garantie suffisante, et on n'a pas voulu les priver des libéralités que leur enfant désire leur faire. Tout autre tuteur est frappé d'incapacité, même le *cotuteur* et le *protuteur* (Cass., 27 nov. 1848, D. 48. 1. 225, S. 49. 1. 12), même le simple *tuteur de fait*.

Sont cependant *en dehors de la règle* :

1° Les *tuteurs d'interdits*, car la loi ne parle que des mineurs. L'état mental de l'interdit l'empêche d'ailleurs de faire des libéralités ;

2° Les *tuteurs ad hoc*, qui ne sont investis que d'une mission tout à fait temporaire et accidentelle ;

3° Les *subrogés tuteurs*, qui n'administrent pas.

A plus forte raison, l'art. 907 est-il inapplicable aux curateurs et aux conseils judiciaires.

C. — Incapacité des médecins.

2962. Motif. — Le médecin qui soigne un malade prend facilement sur son esprit un grand empire ; d'autant plus que le malade attend de lui sa guérison et se montre

[1] Un arrêt de la Chambre des requêtes a défini ainsi le procédé applicable : la libéralité a pour mobile et pour cause déterminante l'opinion de son auteur, que le légataire était son enfant adultérin ou incestueux ; il a donc voulu transgresser la prohibition de la loi, et son acte a pour cause un motif illicite. Or, si la loi défend de vérifier la *filiation* adultérine ou incestueuse en elle-même, elle n'a pas défendu de constater l'*opinion* que le donateur avait de sa paternité ; les deux faits sont distincts, puisque chacun d'eux peut être vrai, l'autre étant faux (Cass., 31 juill. 1860, D. 60. 1. 458).

souvent disposé à faire des sacrifices énormes pour l'obtenir. On a donc dû interdire aux médecins d'accepter des libéralités de leurs clients. Ils y gagnent d'ailleurs de voir l'exercice de leur profession placé au-dessus du soupçon.

2963. Personnes frappées de l'incapacité. — Le texte nomme les *médecins* (*docteurs en médecine* et *en chirurgie*) [1], les *officiers de santé*, les *pharmaciens* (art. 909). Ces derniers à proprement parler n'exercent pas la médecine et ne « traitent » pas les malades, ou du moins ils ne le font pas légalement. La jurisprudence assimile à ces personnes tous ceux qui se livrent à l'*exercice illégal de la médecine* (Trib. Lyon, 20 juin 1895, D. 96. 2. 346 ; Lyon, 17 juin 1896, S. 98. 2. 124). Cette assimilation était nécessaire parce que ces personnes offrent moins de garanties d'honorabilité que les médecins et chirurgiens diplômés, et aussi parce que leur clientèle se recrute en général dans les classes les moins éclairées de la population. Mais l'incapacité ne s'étend pas aux garde-malades (Lyon, 22 déc. 1909. P. et S. 1913. 2. 76).

2964. Conditions de l'incapacité. — Ces conditions sont au nombre de trois. Il faut :

1° Que la personne gratifiée ait *traité* le malade *pendant la maladie dont il est mort* (art. 909). Ainsi il n'y a aucune incapacité : *a*) pour le pharmacien qui s'est borné à vendre des remèdes ; *b*) pour le médecin ou chirurgien que le docteur chargé du traitement a appelé accidentellement en consultation ou qui s'est borné à donner quelques conseils (Limoges, 6 févr. 1889, S. 89. 2. 173 ; Cass., 8 août 1900, D. 1900. 1. 559, S. 1901. 1. 87) ;

2° Que la libéralité entre vifs ou testamentaire ait été faite *pendant le cours de la maladie* (art. 909, al. 1er, *in fine*). La nullité serait donc évitée si la rédaction du testament était antérieure au commencement de cette maladie (Cass., 29 juill. 1891, D. 92. 1. 260, S. 92. 1. 518), ce qui peut fournir un moyen facile de fraude ;

3° Que le malade *meure de sa maladie*. Il n'y aurait donc pas lieu d'appliquer la disposition de l'art. 900 si le malade revenait à la santé [2], ou même s'il mourait pour une cause étrangère à la maladie (Cass., 13 avril 1880, D. 80. 1. 361 ; Cass., 21 avril 1913, D. 1913. 1. 421. P. et S. 1913. 1. 367).

2965. Caractère de la nullité. — La nullité établie par l'art. 909 est une nullité purement relative, qui sera prononcée sur la demande des héritiers naturels ou des autres intéressés, car elle a lieu même au profit d'un *légataire universel* (Cass., 7 avril 1863, D. 63. 1. 231). Elle ne peut être empêchée par aucun moyen de défense. Le médecin gratifié ne pourrait pas offrir de prouver que la libéralité qu'il a reçue n'a été nullement captée par lui et qu'elle a été inspirée par un sentiment sérieux d'affection, ou même par un lien de parenté. En d'autres termes la *présomption de captation*, en vertu de laquelle la loi annule la libéralité, est irréfragable conformément à l'art. 1352 (Cass., 29 juill. 1891, D. 92. 1. 260, S. 92. 1. 518).

2966. Exceptions à la règle. — Diverses exceptions tempèrent d'ailleurs la sévérité de la règle.

Libéralités rémunératoires. — Il est permis au malade de faire au médecin une libéralité rémunératoire, *à titre particulier* (art. 909, al. 2). Cette libéralité tiendra lieu d'honoraire. Elle devra d'ailleurs ne pas dépasser une certaine limite, qui sera appréciée « eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ». En cas d'excès, il y a lieu à réduction (Cass., 21 avril 1913, D. 1913. 1. 421).

[1] Le titre de *Docteur en chirurgie* a été supprimé par l'art. 8 de la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine.

[2] On a fait remarquer une sorte d'incorrection dans le système de la loi moderne. Si le malade revient à la santé, la libéralité n'est pas nulle ; et cependant elle a pu être obtenue par captation. Sans doute, si c'est une libéralité testamentaire, son auteur pourra la révoquer ; mais si c'est une donation entre vifs, elle est irrévocable. Il y a là un danger sérieux ; le malade peut se trouver frustré de son bien sans ressource. Cette situation ne se présentait pas dans l'ancien droit, où la donation à cause de mort était révocable comme un testament.

Libéralités faites aux proches parents. — Les dispositions, *même universelles*, sont permises au profit du médecin traitant, lorsque celui-ci est proche parent du malade. L'affection qu'inspirent tout naturellement les relations de famille explique suffisamment cette libéralité pour faire tomber le soupçon de captation. La loi fixe comme limite de parenté le *quatrième degré* (art. 909, al. 2) et toutefois la parenté ne rendrait pas le médecin apte à recevoir de son malade, si celui-ci avait des *héritiers en ligne directe* (*ibid.*), à moins que le médecin ne fût lui-même au nombre de ces héritiers. Toutes ces dispositions se justifient d'elles-mêmes.

L'exception admise par la loi au profit des parents jusqu'au quatrième degré a été étendue par la doctrine et la jurisprudence au *conjoint*, principalement au mari qui a soigné sa femme. La loi lui fait de ces soins une obligation (art. 212) ; il n'en peut découler pour lui une incapacité (Cass., 30 août 1808, S. 8. 1. 482. En ce sens Aubry et Rau, t. VII, § 649, note 46). Il y aurait toutefois une difficulté si le médecin traitant épousait sa malade au cours de la maladie pour lui permettre de lui faire une libéralité considérable ou même s'il était établi que le mari qui soignait sa femme a abusé de l'influence que lui donnait son art pour se faire gratifier par elle (Paris, 24 févr. 1817, D. 5. 825, S. 17. 2. 354, S. chr. 5. 2. 241 ; Cass., 21 août 1822, D. 5. 291, S. 23. 1. 100, S. chr. 7. 1. 129).

Mais la disposition de la loi relative aux proches parents ne s'étend pas aux *alliés* (Cass., 12 oct. 1812, S. 13. 1. 38).

D. — Incapacité des ministres du culte.

2967. Assimilation avec les médecins. — A leur égard, la loi se borne à dire, à la fin de l'art. 909, après avoir parlé des médecins : « Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte. » C'est donc une assimilation absolue qu'on a entendu établir. Ainsi le ministre du culte bénéficiera des mêmes exceptions que le médecin.

Toutefois quelques observations sont nécessaires. L'incapacité établie par l'art. 909 existait autrefois pour les *confesseurs* (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 148 ; *Donations entre vifs*, n° 38). Elle avait été admise par la jurisprudence, par extension des dispositions de l'ordonnance de 1539 (art. 131) et de la coutume de Paris (art. 276), qui parlaient seulement des « mineurs et autres sous la puissance d'autrui » [1]. Par le texte actuel, elle se trouve étendue aux ministres des cultes autres que le culte catholique, bien qu'ils n'admettent pas la confession auriculaire et que les captations soient peut-être moins à redouter.

L'incapacité n'atteint l'ecclésiastique qu'à la même condition que le médecin : il faut qu'il ait assisté le malade d'une manière suivie pendant sa maladie, qu'il ait été chargé, en quelque sorte, de son *traitement spirituel*. Il échappe à la disposition de la loi s'il s'est borné à lui rendre visite en ami (Cass., 13 avril 1880, D. 80. 1. 263, S. 80. 1. 361) [2].

E. — Incapacité des officiers de marine.

2968. Ses motifs et sa portée. — Les officiers qui commandent un navire sont maîtres à leur bord, « après Dieu », dit une vieille formule. On doit donc redouter leur influence autant que celle du prêtre ou du médecin. De là les dispositions de l'art. 995

[1] « L'empire que ces personnes [les directeurs de conscience et confesseurs] acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents, et surtout de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension » (Pothier, édit. Bugnet, t. VIII, p. 363).

[2] Cet arrêt va jusqu'à admettre qu'un prêtre peut recevoir une libéralité, quand il habite depuis longtemps chez le malade, vit dans son intimité, lui donne la communion et célèbre la messe dans un oratoire attenant à son habitation, pourvu qu'il soit prouvé qu'il n'était pas le *confesseur* du défunt. C'est aller jusqu'à l'extrême limite de la bienveillance, et la disposition de la loi, entendue d'une manière aussi restrictive, cesse d'être applicable en fait aux ministres des cultes non catholiques.

actuel (ancien art. 997, modifié par la loi du 8 juin 1893) : on tient pour « nulles et non avenues » les dispositions *testamentaires* faites à leur profit, au cours d'un voyage maritime, par des personnes se trouvant à bord de leur navire. On fait toutefois exception pour le cas où ils seraient *parents* ou *alliés* du testateur, à un degré quelconque, exception qui est beaucoup plus large que l'exception semblable admise au profit du médecin ou du prêtre.

F. — Incapacité des congrégations de femmes.

2969. Son étendue. — La loi du 24 mai 1825 a interdit aux congrégations religieuses de femmes régulièrement autorisées de recevoir des libéralités de leurs membres (art. 5). Cette incapacité vient compléter l'incapacité générale de ces congrégations de recevoir à titre universel, dont il a déjà parlé ci-dessus, n° 2922 ; venant d'un de leurs membres, les libéralités à titre particulier sont en principe défendues, ou du moins elles ne peuvent dépasser *le quart de la fortune du disposant*, à moins que le total des valeurs données n'excède pas 10 000 francs.

Cette incapacité particulière s'applique non seulement à la congrégation elle-même, mais aussi aux religieuses qui en font partie, qui pourraient servir de personnes interposées.

§ 4. — *Des époques auxquelles la capacité est requise.*

2970. Silence des textes. — Le Code ne dit que peu de chose sur les époques à considérer pour apprécier la capacité du disposant et du bénéficiaire, soit en matière de donations entre vifs, soit en matière de testaments. C'est toute une théorie qui a été construite, à l'aide des principes généraux et des règles admises par l'ancienne jurisprudence ; elle a été principalement l'œuvre de MM. Aubry et Rau, t. VII, § 650.

A. — Donations entre vifs.

***2971. Époques à considérer.** — Une donation n'est parfaite qu'autant qu'elle a été *acceptée* par le donataire. L'acceptation peut être donnée immédiatement dans l'acte qui contient l'offre de donation ; elle peut aussi être donnée plus tard, et, si le donateur n'est pas présent à l'acte par lequel le donataire accepte, l'acceptation doit lui être *signifiée*. Il peut ainsi y avoir *trois époques successives* : celle de l'offre, celle de l'acceptation, celle de la notification de l'acceptation.

Il n'y a pas à distinguer entre les donations pures et simples et les donations conditionnelles : ces dernières sont parfaites comme conventions par la seule conclusion de l'acte.

1° Donation par un seul acte.

***2972. Règle unique.** — Quand la donation s'achève par un seul et même acte, *il faut* et *il suffit* que les deux parties, donateur et donataire, aient à ce moment la capacité de disposer et de recevoir.

2° Donation décomposée en plusieurs actes.

***2973. Capacité du donateur.** — Il est évident que le donateur doit être capable de disposer au moment où il fait l'offre ; il doit l'être encore

au moment où le donataire accepte cette offre, et s'il n'est pas présent à l'acceptation, *il faut que sa capacité ait duré jusqu'au moment où l'acceptation lui a été notifiée,* car c'est à ce moment seulement que le donateur est définitivement lié et que la donation est parfaite à son égard.

***2974. Capacité du donataire.** — Il doit être *capable de recevoir* au moment de l'offre qui lui est faite et au moment de l'acceptation ; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit encore capable lors de la notification de cette acceptation. La *capacité d'accepter* n'est pas requise avec la même rigueur : si le donataire accepte par lui-même, il doit être *habilité* au moment où il fait l'acceptation ; il n'est pas nécessaire qu'il le soit déjà au moment où l'offre de donation lui est adressée ; si l'incapable est *représenté* par une autre personne, la capacité d'accepter n'est requise en sa personne à aucun moment ; il suffit que son représentant fasse l'acceptation en son nom avec les formes et conditions voulues.

B. — Libéralités testamentaires.

1° Capacité du testateur.

***2975. Capacité lors de la confection du testament.** — Il faut que le testateur soit pleinement *capable de tester* au jour de la confection du testament. S'il est incapable à cet époque, le testament est nul et reste tel. Ainsi un testament fait par un mineur âgé de plus de seize ans ne vaut que pour la portion dont le mineur peut disposer, même quand son décès survient en état de majorité (Cass., 30 août 1820, D. 5. 260, S. 20. 1. 442, S. chr. 6. 1. 309).

Ainsi un testament fait par une personne qui est légalement et moralement capable de tester, devient nul si cette personne, par l'effet d'une condamnation pénale, n'a plus le droit de laisser un testament au jour de sa mort (L. 31 mai 1854). Mais le testament fait en temps de capacité ne devient pas nul parce que le testateur a perdu l'usage de ses facultés mentales avant sa mort : la survenance de cette *incapacité de fait* est sans influence sur la validité du testament antérieur.

***2976. Capacité requise au jour du décès.** — Il faut en outre, qu'au jour de son décès, le testateur soit encore *capable de laisser un testament,* mais il n'est pas nécessaire qu'il soit à cette époque *capable de faire un testament.*

***2977. Époque intermédiaire.** — Suivant une vieille tradition, le testament reste valable, si la capacité requise a existé au jour de sa confection et au jour du décès du testateur, alors même que celui-ci aurait été atteint dans l'intervalle d'une incapacité qui a ensuite disparu. *Media tempora non nocent.*

2° Capacité du légataire.

***2978. Époque de la confection du testament.** — Un legs peut être valablement adressé *à une personne qui n'existe pas encore* au jour où

le testament est fait (art. 906, al. 2). A plus forte raison peut-on léguer à quelqu'un qui existe déjà, mais qui est en ce moment incapable de recevoir ; il suffit que l'incapacité du légataire disparaisse avant le décès du testateur.

Telle était la tradition de notre droit coutumier (Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, p. 290, n° 4 ; Ricard, *Donations*, Ire partie, nos 829 et 830). Mais nos pays de droit écrit suivaient encore l'ancienne règle romaine, dite *règle catonienne*, qui exigeait la capacité du légataire à l'époque de la confection du testament (*Digeste*, liv. L, tit. 17, fr. 29 et 210 ; Furgole, *Des testaments*, I, p. 361, n° 46). Cette règle se trouve aujourd'hui abrogée.

****2979. Époque du décès.** — Le légataire doit être *capable de recevoir* au jour du décès. C'est de cette règle que l'art. 906, al. 2, fait l'application pour le cas de legs adressé à une personne non encore conçue. La capacité requise alors est la *capacité de recevoir* ; quant à l'*incapacité d'accepter*, si elle existe, on y remédiera en habilitant l'incapable ou en le représentant, selon les formes et conditions voulues.

Remarque. — Lorsqu'il s'agit d'une incapacité *relative* de disposer et de recevoir qui existait à la date du testament, il ne suffirait pas, pour rendre le legs valable, que le légataire fût devenu *capable de recevoir* au jour du décès ; car il resterait toujours vrai que le testateur a été *incapable de disposer* au jour où il testait. Appliquez cette règle à un legs fait par un pupille à son tuteur avant l'apurement du compte : quand le compte sera apuré, le tuteur sera devenu capable de recevoir, mais le legs restera nul parce qu'il a été *fait par un incapable*. C'est ainsi que doit s'expliquer l'arrêt de Cassation du 27 nov. 1848, D. 48. 1. 225, S. 49. 1. 12.

***2980. Legs conditionnels.** — La capacité *au jour du décès* est toujours nécessaire, *même quand le legs est conditionnel* (Demolombe, t. XVIII, n° 718 ; Bordeaux, 16 août 1881, D. 84. 1. 147, S. 84. 1. 429). Voyez cependant l'opinion contraire, qui se contente de la capacité du légataire au jour de la réalisation de la condition, soutenue par Aubry et Rau, t. VII, § 650, note 11. Il y a eu en ce sens un arrêt (Chambéry, 8 juill. 1864, S. 66. 2. 298). Mais la loi ne distingue pas, dans l'art. 906, entre les legs purs et simples et les legs conditionnels, pour exiger que le légataire soit déjà vivant au jour où le testateur meurt.

Cette capacité au jour du décès ne suffit pas ; il faut encore que le légataire soit capable *au jour où la condition se réalise*, car c'est à ce moment que le droit au legs se fixe et s'ouvre en sa personne. On n'a jamais émis de doute sur ce point.

§ 5. — *Des dispositions faites en fraude de la loi.*

2981. Bibliographie. — Jaubert, *Des divers cas d'interposition de personne* (*Revue critique*, mars 1905, p. 156). — Demartial, *Étude critique sur l'interposition de personne*, thèse, Paris 1912.

***2981 *bis*. Moyens de fraude.** — De tout temps les particuliers ont cherché à tourner les prohibitions de disposer ou de recevoir à titre gratuit établies contre eux. La plupart des procédés qui servent à cet usage sont

depuis longtemps connus et classés, et la loi les a prévus pour prononcer la nullité des libéralités faites en fraude de ses dispositions. Les moyens les plus employés sont le *déguisement de la libéralité* et *l'interposition de personne*[1]. En déguisant une donation sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, on empêche les tiers d'en reconnaître la véritable nature, et par suite ils ne peuvent en demander la nullité, quand ils y sont intéressés[2]. En adressant la libéralité à un bénéficiaire purement apparent, qui joue le rôle de personne interposée, on empêche les tiers de connaître le nom du véritable donataire ou légataire, qui est incapable, et la nullité se trouve encore évitée en fait. Les deux moyens de fraude sont parfois combinés. Voyez Toulouse, 15 déc. 1865, D. 65. 2. 214.

Le don manuel se prête à l'interposition de personne comme toute autre libéralité, et il doit être annulé quand le donataire apparent était chargé de le transmettre à un établissement incapable de recevoir (Nancy, 6 févr. 1892, D. 92. 2. 268).

***2892. Répression de la fraude.** — Lorsque la fraude peut être prouvée, la loi prononce la nullité de la disposition faite au profit d'un incapable (art. 911, al. 1er). On se demande si *cette nullité ajoute quelque chose aux effets naturels de l'incapacité*. Voici le sens de la question : lorsque l'incapacité de recevoir est seulement *partielle,* limitée à une certaine quantité ou à une certaine quotité, comme on en a vu des exemples pour les enfants naturels, les médecins, les tuteurs, les congrégations religieuses de femmes, la libéralité qui serait simplement *réductible,* si elle était faite ouvertement, se trouve-t-elle *annulée pour le tout,* quand elle a été déguisée ou adressée à une personne interposée ? Selon la plupart des auteurs, pour déterminer l'effet et l'étendue d'une nullité on doit se référer aux textes mêmes qui la consacrent, et la sanction établie par l'art. 911 ne doit pas dépasser les limites de l'incapacité du donataire (Demolombe, t. XVIII, n° 679; Laurent, t. XI, n° 425). Mais MM. Aubry et Rau se sont prononcés pour la nullité totale, en attribuant à l'art. 911 la valeur d'une peine spéciale contre la fraude (4e édit., t. VII, § 650 *bis,* p. 49, note 5) et leur opinion paraît entraîner la jurisprudence (Bordeaux, 12 juin 1876, S. 77. 2. 12. — Comp. Montpellier, 28 févr. 1876, D. 79. 2. 249). L'opinion de Demolombe paraît cependant plus juridique.

Ces dispositions s'appliquent notamment aux libéralités faites à des *congrégations religieuses non reconnues* (Cass., 26 févr. 1849, D. 49. 1. 44, S. 49. 1. 245; Paris, 1er déc. 1892, D. 93. 2. 496 ; Lyon, 24 févr. 1903,

[1] Ce ne sont pas les seuls. Ainsi celui qui a fait une donation ou un legs à un incapable institue souvent un légataire universel uniquement pour enlever tout intérêt à ses héritiers naturels à critiquer cette libéralité. En ce cas l'institution du légataire universel peut être considérée comme frauduleuse et annulée (Toulouse, 2 janv. 1888, D. 91. 1. 385. S. 90. 1. 193 ; Cass., 16 janv. 1907, S. 1907. 1. 505. — Comp. Cass., 30 nov. 1869, D. 70. 1. 202, S. 70. 1. 119).

[2] Sur les donations déguisées, voyez ci-dessus, nos 2552 et suiv.

Moniteur de Lyon, 29 avril 1903) et à celles qui sont adressées aux *paroisses* par l'intermédiaire de leurs curés (Trib. Seine, 3 juin 1893, D. 94. 2. 485).

2983. Preuve du déguisement de la libéralité. — Lorsque la donation a été adressée à une congrégation non autorisée sous la forme déguisée d'une vente, la preuve du déguisement peut être fournie *même par l'une des parties contre l'autre,* par tous les moyens possibles (Cass., 12 avril 1907, D. 1907. 1. 404 ; Cass., 12 juin 1907, D. 1908. 1. 235). Cela ne contredit pas ce qui est dit à propos de la simulation (t. II, n° 1206), parce que, dans le cas sus-indiqué, il y a *fraude à la loi.* La revendication reste donc ouverte au disposant ou à ses héritiers, s'ils viennent à se repentir.

Les juges du fond sont souverains pour apprécier la véritable nature de l'acte discuté (Cass., 21 déc. 1852, D. 54. 1. 346). Comp. ci-dessous, n° 2986.

2984. Question relative aux congrégations reconnues. — Qu'on ne puisse pas, au moyen d'une interposition de personne, faire une libéralité à une association ou congrégation non reconnue, c'est l'effet naturel et nécessaire de l'art. 911 ; mais la nullité atteint-elle également la libéralité faite par personne interposée à une association ayant l'existence légale, par exemple à une congrégation autorisée ? On a soutenu que l'art. 911 était alors inapplicable parce que ces associations ne sont pas *incapables de recevoir,* mais seulement *incapables d'accepter* les libéralités qui leur sont offertes. Néanmoins la nullité est considérée aujourd'hui comme certaine (Cass., 17 nov. 1852, D. 53. 1. 126, S. 53. 1. 337 ; Lyon, 18 janv. 1868, S. 68. 2. 131 ; Toulouse, 11 juin 1874, S. 74. 2. 201 ; Cass., 3 mars 1880, D. 81. 1. 261, S. 81. 1. 423)[1]. L'art. 911 est la sanction nécessaire des dispositions qui le précèdent, y compris l'art. 910 ; il importe peu que ce dernier article n'établisse pas une véritable incapacité de recevoir ; le seul fait du déguisement ou de l'interposition de personne, étant destiné à priver le gouvernement de son droit de surveillance administrative, constitue une fraude à la loi et entraîne nullité.

***2985. Condition de la nullité.** — En pratique, les difficultés ne se présentent guère que pour des donations ou des legs faits par personne interposée ; il est rare que la libéralité soit adressée directement à l'incapable sous forme d'un contrat onéreux. Voyez toutefois ci-dessus, n° 2983.

Prenons donc la question sous son aspect habituel : à quelle condition l'annulation devra-t-elle être prononcée ? En principe, il est nécessaire que le bénéficiaire apparent ait été *spécialement chargé* de faire parvenir les biens au destinataire incapable ; on dit alors qu'il y a *fidéicommis,* mot emprunté à l'ancienne pratique romaine où il servait déjà à désigner ces libéralités restituables à une tierce personne. Cependant comme il serait trop facile d'éluder la loi en choisissant une personne de confiance, qui s'engagerait verbalement envers le testateur à exécuter ses volontés, sans y être astreinte par une clause formelle du legs, il est admis que le *fidéicommis tacite,* qui résulte d'une simple entente non exprimée dans le testament,

[1] Voyez cependant Orléans, 19 mars 1896, D. 99. 1. 373.

suffit pour entraîner la nullité de la disposition, tout aussi bien qu'un *fidéicommis exprès* (DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 640).

On va même plus loin : il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu un *accord formel* entre le légataire et le testateur, relativement à la transmission des biens légués, ni que le légataire ait *promis* quoi que ce soit à ce sujet : il suffit que le disposant ait pu avoir la *certitude morale* que les biens arriveraient à leur véritable destination, *à raison de la qualité de la personne choisie par lui comme intermédiaire* (Cass., 20 juill. 1846, D. 46. 1. 353, S. 47. 1. 74; Cass., 20 avril 1847, D. 47. 1. 270, S. 47. 1. 437; Amiens, 1er août 1861, D. 61. 2. 202; Nîmes, 14 janv. 1874, D. 75. 2. 44, S. 74. 2. 174). Comp. DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 640. Voyez aussi Cass., 20 juin 1888, D. 89. 1. 25, S. 90. 1. 118.

Toutefois, comme il s'agit de faits dont l'appréciation varie avec les époques et avec la composition des tribunaux, on trouve des décisions moins rigoureuses. Ainsi il a été jugé qu'il ne suffisait pas d'établir *une communauté d'idées ou de sentiments* entre le disposant et le bénéficiaire, alors même que le disposant aurait compté que sa fortune serait employée par le bénéficiaire conformément à ses vues personnelles (Toulouse, 14 févr. 1866, D. 67. 2. 31 ; Grenoble, 8 déc. 1874, D. sous Cass., 76. 1. 325, S. 77. 1. 174 ; Cass., 15 févr. 1892, D. 92. 1. 360, S. 92. 1. 136. — Voyez aussi Rennes, 11 mai 1891, D. 92. 2. 436). Je considère cette dernière jurisprudence comme préférable. Qu'il puisse y avoir un fidéicommis sans une véritable obligation légale de restitution, soit ; un vœu, une prière suffisent à le constituer (Besançon, 7 juin 1879, D. 81. 1. 257, S. 80. 2. 14). Mais il faut qu'il y ait tout au moins une *entente* ; sinon on tombe dans l'arbitraire pur. Voyez la critique de la jurisprudence par PONT, dans la *Revue de législation*, 1847, t. III, p. 290 et suiv. Cependant la jurisprudence qui admet le fidéicommis en dehors de tout accord entre les parties a pour elle l'autorité de POTHIER, *Coutume d'Orléans*, introd. au tit. XVI, n° 44.

2986. Preuve de l'interposition de personne. — En principe, la preuve de l'interposition de personne doit être faite par celui qui attaque la libéralité. On lui accorde du reste toutes les facilités désirables. *Tous les moyens de preuve* sont admis (Lyon, 10 janv. 1883, D. 83. 2. 231, S. 84. 2. 136 ; Cass., 15 déc. 1891, D. 92. 1. 116, S. 92. 1. 23), même les *simples présomptions*, pourvu qu'elles soient graves et précises, car on ne saurait annuler un legs sur de vagues conjectures ; il faut une *preuve* et non des *soupçons* (Lyon, 10 janv. 1883, précité ; Bordeaux, 13 mai 1895, D. 95. 2. 438).

C'est surtout la difficulté de cette preuve qui a fait dire à certains arrêts que l'interposition de personne ne supposait pas nécessairement un concert frauduleux entre le disposant et le bénéficiaire apparent : il eût suffi de dire que la *preuve directe* de ce concert n'a pas besoin d'être rapportée et qu'il peut être déclaré constant d'après l'ensemble des circonstances ; on eût ainsi distingué la question de preuve de celle de savoir quels sont, au fond, les éléments constitutifs du fidéicommis.

Les juges du fait apprécient souverainement les faits constitutifs de l'interposition de personne (Cass., 15 déc. 1891, D. 92. 1. 116, S. 92. 1. 23; Cass., 15 févr. 1892, D. 92. 1. 360, S. 92. 1. 136). Voyez cependant Cass., 24 nov. 1891, D. 92. 1. 541. En fait, l'appréciation des circonstances varie beaucoup ; les décisions des Cours d'appel sont très nuancées et très diverses. Voyez les nombreux arrêts rassemblés sous l'art. 911 dans les *Codes annotés* du *Sirey* et du *Dalloz*.

***2987. Présomptions exceptionnelles d'interposition.** — A raison de la fréquence de ces fraudes, et pour éviter à ceux qui en sont victimes la difficulté de la preuve, l'art. 911, al. 2, a établi, pour quelques hypothèses, des *présomptions légales*, en vertu desquelles certains membres de la famille sont réputés servir de personnes interposées pour faire parvenir la libéralité à l'incapable.

Par la façon dont elles sont établies, ces présomptions ne sont applicables

qu'aux *incapacités relatives de recevoir* qui sont celles des enfants naturels du tuteur, du médecin, du confesseur, des officiers de marine. Elles restent sans application possible aux personnes fictives, par la nature même des choses, car ces prétendues personnes n'ont pas de parents. Elles ne s'appliquent pas davantage aux condamnés frappés de peines afflictives perpétuelles, car si on réputait leurs proches parents personnes interposées à leur profit, il s'ensuivrait que ceux-ci ne pourraient plus recevoir aucune libéralité de personne, puisque l'incapacité du condamné est absolue. D'ailleurs les peines sont personnelles et ne peuvent pas créer de déchéances pour des innocents.

2988. Personnes réputées interposées. — D'après l'art. 911, la libéralité doit être réputée faite à l'incapable lui-même, lorsqu'elle est faite aux personnes suivantes :

1° Son père ou sa mère. — La présomption ne s'étend pas aux autres ascendants. Mais elle s'applique aux père et mère naturels aussi bien qu'aux père et mère légitimes (Cass., 22 janv. 1884, D. 84. 1. 117, S. 84. 1. 277 ; Orléans, 5 févr. 1885, D. 86. 2. 166, S. 85. 2. 152). Voyez cependant Cass., 28 mai 1878, D. 78. 1. 401.

2° Ses enfants et descendants. — La jurisprudence ne distingue pas non plus entre les enfants naturels et les enfants légitimes (Cass., 25 juill. 1881, D. 82. 1. 271, S. 82. 1. 417).

3° Son conjoint. — La loi dit : « l'époux ». Comme la séparation de corps ne détruit pas le mariage, la présomption d'interposition subsisterait quand bien même les conjoints seraient séparés de corps. — Mais aucune présomption de ce genre ne pèse sur le *fiancé* de l'incapable (Demolombe, t. XVIII, n° 545). Cependant si la donation était faite par contrat de mariage au futur époux de l'incapable, comme elle est certainement inspirée par la qualité d'époux que le fiancé va bientôt avoir, on la considère en général comme tombant sous la présomption de la loi (Lyon, 24 nov. 1860, D. 61. 2. 111 ; Aubry et Rau, t. VII, § 650 *bis*, note 12 ; Laurent, t. XI, n° 401). Plus récemment la Cour de cassation a cependant écarté la présomption légale, même pour les donations faites dans le contrat de mariage (Cass., 24 janv. 1881, S. 81. 1. 404).

En tout cas, il est certain qu'il n'existe aucune présomption légale d'interposition contre le *concubin* de l'incapable.

2989. Effet des présomptions légales. — Dans les cas où elles sont applicables, les présomptions d'interposition écrites dans l'art. 911 dispensent de toute preuve les tiers intéressés à faire tomber la libéralité. De son côté, la personne réputée interposée ne serait pas reçue à combattre la présomption en prouvant que la libéralité lui a été réellement adressée et qu'elle en est le bénéficiaire effectif (Cass., 22 janv. 1884, D. 84. 1. 117, S. 84. 1. 277). C'est l'application de l'art. 1352 : une présomption légale est *irréfragable*, quand la loi s'en sert pour annuler un acte.

On ne fait d'exception que pour les donations rémunératoires qui constituent une sorte de paiement. Voyez cependant Paris, 6 mai 1854, D. 56. 2. 240. Comp. Demolombe, t. XVIII, n° 676.

2989 *bis*. Présomptions spéciales contre les congrégations religieuses. — Jusqu'en 1901 aucune présomption d'interposition n'existait contre les membres des congrégations : chacun d'eux pouvait être gratifié sans être réputé personne interposée au profit de sa congrégation (Lyon, 10 janv. 1883, D. 83. 2. 231, S. 84. 2. 136). La preuve de l'interposition devait être rapportée, sinon la libéralité était maintenue (Rennes, 22 mars 1887, D. 89. 1. 25. Comp. Cass., 26 févr. 1862, D. 62. 1. 536).

La loi du 1er juillet 1901 a établi des présomptions nouvelles contre les congrégations ; spécialement s'il s'agit de dons ou de legs, le bénéficiaire est réputé personne interposée, à moins qu'il ne soit l'héritier *en ligne directe* du disposant (art. 17). Toutefois cette

présomption souffre la preuve contraire. Sur l'importance de cette réserve, admise par voie d'amendement, voyez le discours de M. Perreau à la séance de la Chambre du 26 mars 1901 (*Journal officiel*, débats, p. 952 et suiv.).

§ 6. — *Des libéralités faites aux pauvres.*

2990. Bibliographie. — Léon Bour, *Des personnes capables de recevoir des libéralités en faveur des pauvres*, thèse, Paris, 1899. — Léon Lallemand, *Histoire de la charité*, 5 vol. (t. I, paru en 1902). — Derouin, Gory et Worms. *Traité théorique et pratique d'assistance publique*, 2e édit., 1901-1905, 2 vol. in-8o. — Voyez aussi l'ouvrage de M. Th. Tissier, signalé ci-dessus, no 2936.

A. — Aptitude légale des pauvres à recevoir des libéralités.

***2991. Importance des legs charitables.** — Depuis l'avènement du christianisme les libéralités au profit des pauvres ont été de tout temps très nombreuses. Dès le ve siècle, les empereurs Valentinien et Marcien décidaient qu'un legs fait aux pauvres était valable (*Code*, liv. 1, tit. 3, loi 23) et il est probable que depuis longtemps des libéralités charitables étaient faites aux Églises, à qui Constantin avait permis d'adresser des legs par une constitution de l'an 321 (*Code*, liv. 1, tit. 2, loi 1)[1]. Au moyen âge, un testateur n'aurait pas voulu écrire ses dernières volontés sans y insérer quelques legs pieux, destinés à de bonnes œuvres et au soulagement des pauvres. De nos jours encore rien n'est plus fréquent qne de voir des libéralités souvent considérables faites aux pauvres par testament.

***2992. Capacité de recevoir reconnue aux pauvres.** — Les pauvres sont-ils des personnes incertaines? Le droit romain les considérait certainement comme tels, et s'il a permis de leur faire des legs, c'est en introduisant en leur faveur une véritable exception inspirée par l'influence chrétienne. Mais, comme on l'a vu plus haut (no 2926), la prohibition ancienne de gratifier des personnes incertaines, au sens romain de ce mot, n'existe plus en droit français ; il ne subsiste qu'un obstacle de fait tenant à *l'indétermination des bénéficiaires*. Or il est permis d'adresser un legs à *toute une catégorie de personnes*, pourvu que cette catégorie soit elle-même déterminée, car le nombre des légataires appelés à bénéficier d'une libéralité n'est pas limité par la loi. Il ne reste donc plus qu'à rechercher si la catégorie des pauvres est suffisamment déterminée pour recevoir des legs[2].

[1] A l'époque païenne, quoique moins fréquente, la charité envers les pauvres se manifestait aussi par des fondations, mais elle empruntait d'autres formes et on s'adressait aux municipes et aux cités pour les charger de faire fonctionner les œuvres organisées dans ce but. Voyez l'exemple rapporté par Duruy (*Histoire des Romains*, t. IV, p. 276) d'une donation de 1 300 000 sesterces faite à la ville de Sicca pour l'entretien des enfants pauvres. Voyez aussi Marquardt et Mommsen, *Manuel*, t. XI, p. 667, note 1.

[2] J'écarte provisoirement la complication provenant de ce que la libéralité au profit des pauvres est ordinairement *perpétuelle* et que les *revenus* seuls du bien donné ou

On ne saurait dire où commence et où finit la pauvreté ; les limites de cette classe sont indécises ; les pauvres ne se reconnaissent pas à des signes certains, comme le seraient les personnes habitant telle commune ou exerçant telle profession.

Néanmoins, il n'y a pas lieu de s'embarrasser du défaut de détermination, et cela pour une double raison.

1° Si la classe des pauvres n'est pas déterminée par des limites tranchées, elle n'en a pas moins *une existence réelle*, et il serait aussi odieux qu'absurde d'empêcher des libéralités faites aux pauvres parce que la détermination des bénéficiaires pourra, dans certains cas, comporter une appréciation de fait pour ceux qui seront chargés d'employer les fonds. Je dis « dans certains cas », car pour la grande majorité de ceux qui se présenteront l'état de détresse et de misère sera évident.

2° En fait la classe des pauvres est secourue par la charité tant publique que privée, et puisque des secours lui sont journellement distribués pour des sommes considérables, il est évidemment permis de contribuer volontairement à augmenter ces distributions par des legs. Le *droit* serait *la forme de l'injustice*, si ses principes aboutissaient à paralyser la charité.

***2993. État des textes.** — Du reste, la question n'est pas douteuse. l'aptitude des pauvres à recevoir n'a jamais cessé depuis le jour où les empereurs romains l'ont reconnue (Pothier, *Donations testamentaires*, n° 93), et le Code civil la suppose en réglant, dans ses art. 910 et 937, la façon dont doivent être acceptées les libéralités faites « aux pauvres d'une commune ». Les auteurs qui écrivent sur le droit administratif disent couramment que les pauvres forment une « personne civile » (Tissier, n° 125). Formule inutile : je puis léguer mon bien à six personnes ; pourquoi pas à 500 ?

2994. Interprétation des dispositions vagues. — Les libéralités, faites aux pauvres sont donc possibles, à une condition toutefois, c'est que la catégorie de pauvres appelée à en bénéficier soit déterminée. Ordinairement le disposant a soin de s'expliquer sur ce point. Quand il ne l'a pas fait, on n'annule pas pour cela la libéralité faite aux pauvres d'une manière vague ; on cherche, par interprétation du testament, quels sont ceux que le disposant a entendu gratifier ; ordinairement ce sont les pauvres d'une région déterminée, par exemple ceux de sa commune ou de sa paroisse.

Les legs faits aux pauvres sans autre détermination donnent lieu à des difficultés d'interprétation qui ont été résolues différemment. Jadis on les attribuait volontiers aux pauvres de la commune où le testateur se trouvait lorsqu'il a testé (Avis du Conseil d'État, du 12 août 1834). D'autres préfèrent le lieu de son domicile ou de sa résidence (Pothier, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XVI, n° 38 ; Demolombe, t. XVIII, n° 612 ; Laurent, t. XI, n° 312 ; Metz, 10 mai 1844). Cela paraît avant tout une question de fait et le juge doit statuer selon les circonstances (Paris, 7 et 20 mai 1885, *Gazette des Tribunaux*, 24 juin 1885 ; Douai, 29 nov. 1893, D. 94. 599).

légué doivent être distribués annuellement : la libéralité profite alors indéfiniment aux générations à venir, c'est-à-dire à des *personnes futures*. On a vu plus haut le moyen de tourner cette difficulté en choisissant un intermédiaire qui sera réputé propriétaire immédiat des biens légués.

2995. Terminologie. — Dans les arrêts et dans la pratique, on confond souvent, sous le nom de « *legs pieux* » ou « *legs pies* », les libéralités faites aux pauvres avec les sommes affectées à faire dire des messes. Ce sont deux ordres de dispositions tout à fait différentes ; les sommes attribuées aux pauvres constituent de véritables *libéralités*, puisque ceux-ci les reçoivent à *titre gratuit* ; l'argent payé pour les messes est un *salaire*. Voyez ce qui en est dit ci-dessous, nº 3331, en note.

D'un autre côté, on confond parfois avec les dons aux pauvres, sous le nom de *bonnes œuvres*, une foule de libéralités inspirées par la piété, mais qui n'ont pour objet ni la charité, ni la célébration d'offices spéciaux. Tels sont des secours alloués aux Frères des Écoles Chrétiennes, des sommes données pour contribuer à la réfection et à l'agrandissement d'une église, ou pour fournir des subsides aux jeunes gens qui se destinent à l'état ecclésiastique, etc. Voyez comme exemples Cass., 1er juill. 1861, D. 61. 1. 257, S. 61. 1. 753 ; Bourges, 11 janv. 1887, D. 87. 2. 80, S. 90. 2. 170 ; Douai, 1er mai 1894, D. 95. 2. 249, S. 95. 2. 1. Ces dispositions ne constituent *aucune catégorie spéciale* ; ce sont des libéralités faites soit à des particuliers, soit à des associations ou établissements. Il faut leur appliquer les règles du droit commun selon qu'elles affectent la forme de *libéralités directes*, conférant la qualité de légataires ou de donataires aux personnes gratifiées, ou la forme de *simples charges* imposées à un donataire ou à un légataire.

B. — Formes diverses des libéralités faites aux pauvres.

2996. Fondations perpétuelles. — Si le disposant a donné ou légué un capital dont les revenus seuls doivent être distribués aux pauvres ou employés à leur profit, il a fait une *fondation*, et l'étude des difficultés qui se présentent n'a rien de spécial à l'objet de la libéralité, qui est la charité ; elles rentrent dans l'étude générale des fondations. On les retrouvera ci-dessous, nos 3330 à 3347.

On a vu un exécuteur testamentaire autorisé à employer en fondations une somme de 500 000 francs qu'il avait été chargé de distribuer aux pauvres « le mieux possible ». L'Assistance publique voulait l'obliger à les distribuer immédiatement, mais sa prétention fut rejetée (Paris, 26 nov. 1902, S. 1903. 2. 163). Sur cet arrêt voyez les observations de M. E.-H. Perreau, *Revue critique*, février 1904, p. 68.

2297. Libéralités à distribuer immédiatement. — Très souvent la libéralité a pour objet des sommes qui doivent être, non pas placées, mais distribuées immédiatement. Dans ce genre de libéralités rentre le produit des *quêtes* faites soit dans les *églises*, soit dans les *fêtes de charité*, qui ont parfois fait naître des difficultés spéciales. Voyez pour les quêtes dans les églises, Caen, 12 janv. 1881, D. 82. 2. 57, S. 84. 1. 145 ; et pour les fêtes de charité, Cass., 2 août 1897, D. 98. 1. 199. Voyez aussi Dijon, 14 mai 1879, D. 80. 2. 11.

C. — Modes d'exécution des libéralités faites aux pauvres.

1º Libéralités faites sans indication d'intermédiaire.

2998. Représentation légale des pauvres. — Le legs adressé aux pauvres est fait en réalité *à une collectivité*. Cette collectivité ne peut être admise à exercer des droits sous la forme d'une foule incohérente et indéterminée ; elle a un *représentant légal*, qui est *le maire de la commune* : aux termes de l'art. 937, la libéralité faite aux pauvres d'une commune doit être acceptée « par l'administrateur de cette commune », c'est-à-dire par le maire (comp. Ord. 2 avril 1817, art. 3). En acceptant, le maire agit « au nom des pauvres » et non « au nom de la commune » (Note de la section de l'intérieur, 12 juill. 1892, dans les *Notes de jurisprudence*, par Joseph Reynaud, Melun, 1899, p. 260).

Quand le legs adressé aux pauvres intéresse plusieurs communes, il est accepté *par le préfet* (Avis du Conseil d'État du 15 févr. 1837 ; Avis du 11 août 1885). Voyez cepen-

dant une note du 15 janvier 1887, dans Reynaud, p. 260. Comp. Cass., 19 juin 1900, D. 1901. 1. 268.

Quand la libéralité s'étend sur plusieurs départements, l'acceptation doit être faite par le Ministre de l'Intérieur (Avis du 15 février 1837).

2999. Rôle des établissements publics de bienfaisance. — Il existe dans la plupart des communes trois catégories d'établissements qui sont spécialement chargés d'assurer les services d'assistance publique. Ce sont : 1° les bureaux de bienfaisance, institués par la loi du 7 frimaire an V, pour les *distributions de secours à domicile* ; 2° les hospices, qui recueillent les enfants, les vieillards et les incurables ; 3° les bureaux d'assistance médicale, créés par la loi du 15 juillet 1893[1].

Selon l'affectation que le disposant aura donnée à sa libéralité, elle sera recueillie par l'un ou l'autre de ces établissements, de sorte que le rôle des maires se trouve en fait réduit à peu de chose, surtout grâce à la jurisprudence administrative qui, méconnaissant les textes du Code, s'efforce de transformer le bureau de bienfaisance en représentant légal des pauvres[2]. Ce sont là des points qui ne peuvent être qu'indiqués ici. Voyez les tables des recueils d'arrêts aux mots : *Legs*, *Secours publics*, *Bureaux de bienfaisance*, etc.

3000. Système propre à la Ville de Paris. — A Paris, tous les services d'assistance sont centralisés, pour tout le département de la Seine, dans une organisation unique appelée *l'Assistance publique* (L. 10 janvier 1849), qui n'a pas d'analogue dans les autres départements. Voyez Simonet, 2e édit., nos 1789-1791, 3e édit., nos 1823-1825 ; Berthélemy, 6e édit., p. 824, et la *Grande Encyclopédie*, t. IV, p. 271. Voyez aussi la loi du 27 juin 1904, sur le service des enfants assistés.

2° Libéralités adressées à un intermédiaire.

3001. Aptitude à recevoir. — Une observation importante doit d'abord être faite. Lorsqu'une libéralité charitable est adressée aux pauvres par l'intermédiaire d'un établissement laïque ou religieux, le véritable gratifié n'est pas cet établissement. Ce sont les *pauvres*. Il en résulte : 1° que l'on n'a pas à considérer l'aptitude personnelle de cet établissement à recueillir la libéralité, puisque ce n'est pas lui qui en profite en tant que personne morale ; 2° l'acceptation doit être faite par l'Assistance publique dans le département de la Seine, par le bureau de bienfaisance ou par le maire dans les autres départements, pour les motifs et selon les règles indiquées dans les nos suivants. Ainsi un legs fait aux *Petites Sœurs des Pauvres* (de Paris) a été accepté à leur place par l'Assistance publique, comme représentant les vieillards hospitalisés chez les Sœurs (Trib. civ. de la Seine, 28 oct. 1903, D. 1905. 2. 87).

[1] Il est résulté de leur création, par la loi du 15 juillet 1893, une sorte de concurrence pour les bureaux de bienfaisance. C'est le bureau d'assistance qui a qualité pour recueillir désormais les libéralités faites aux pauvres *malades* (notes du 16 janv. 1895, Reynaud, p. 269) et lorsque la libéralité est adressée *aux pauvres* en général, il y a lieu de la faire accepter à la fois par le bureau de bienfaisance et par le bureau d'assistance, parce qu'elle concerne les indigents malades aussi bien que ceux qui sont valides (note du 19 février 1895, Reynaud, p. 270). En principe le cinquième de la libéralité est attribué au bureau d'assistance (avis du 31 octobre 1895, Reynaud, p. 271). Toutefois le bureau d'assistance n'a aucun droit sur les legs antérieurs au 15 juillet 1893 (note du 8 janvier 1896, Reynaud, p. 271), ni sur les libéralités qui sont adressées nominativement au bureau de bienfaisance (note du 4 mars 1896, Reynaud, p. 271).

[2] Cette conception pénètre même dans les arrêts des tribunaux judiciaires (Limoges, 28 janv. 1889, D. 90. 2. 303, S. 91. 2. 149 ; Agen, 16 nov. 1891. D. 93. 2. 213). Toutefois, lorsqu'il ne s'agit pas de secours à distribuer aux pauvres, mais d'une fondation spéciale, par exemple de la création d'un hospice, c'est au maire et non au bureau de bienfaisance que le legs doit être délivré (Paris, 9 juill. 1895, D. 96. 1. 322. Comp. Caen, 9 juill. 1894, D. 95. 2. 236, S. 96. 2. 281 et la note ; Amiens, 26 déc. 1894, D. 96. 2. 75, S. 97. 2. 197). Quand il n'existe pas de bureau de bienfaisance, le legs doit être réclamé par le maire (Angers, 12 févr. 1894, D. 94. 2. 494, S. 95. 2. 161).

3002. Monopole des bureaux de bienfaisance. — Les bureaux de bienfaisance sont des institutions municipales, créées en exécution de la loi du 7 frimaire an V, pour distribuer aux indigents les ressources que cette loi mettait à la disposition des communes au moyen d'une imposition sur les spectacles, dite « le droit des pauvres ». A l'origine ces bureaux n'étaient donc que des commissions chargées de distribuer aux pauvres des sommes provenant d'une source déterminée ; il n'y a rien de plus dans la loi de l'an V. — Depuis lors une série d'autres textes ont mis d'autres ressources à la disposition des bureaux de bienfaisance. Voyez notamment l'arrêté du 9 fructidor an IX et le décret du 12 juillet 1807. Mais *jamais* aucun texte législatif n'a dit en termes généraux que les bureaux de bienfaisance avaient *seuls* qualité pour recevoir et gérer les libéralités faites aux pauvres.

Cependant l'idée que les bureaux de bienfaisance sont les représentants nécessaires des pauvres est très ancienne dans la jurisprudence[1]. Beaucoup d'arrêts ont décidé que leur intervention ne peut être écartée par une clause spéciale du testament ou de la donation, cette clause étant nulle comme contraire à l'ordre public (Cass., 4 août 1856, D. 56. 1. 453, S. 57. 1. 273 ; Cass., 14 juin 1875, D. 76. 1. 132, S. 75. 1. 467). A son tour le Conseil d'État, dans divers Avis de principe, a proclamé en termes absolus que « c'est aux bureaux de bienfaisance seuls qu'il appartient de recevoir les libéralités faites aux pauvres » (Comité de l'intérieur, 6 juillet 1831. Confirmé par un autre avis du 15 février 1837). Voyez ces textes et leur commentaire dans Tissier, n° 230. Plus récemment ce monopole a été affirmé à nouveau : « Les bureaux de bienfaisance tiennent des lois, décrets et ordonnances, la *mission exclusive* d'administrer les biens des pauvres et *celle de faire la répartition des secours* » (13 avril, 7 juillet et 13 juillet 1881, D. 82. 3. 23). — C'est donc la jurisprudence qui a organisé en fait ce monopole : *il n'existe pas dans les lois*[2]. Voyez toutefois la loi du 13 avril 1908, art. 3, § 14, indiquée ci-dessous, n° 3005- 3°.

3003. Tempérament admis par la jurisprudence. — Le résultat le plus clair du système de la jurisprudence serait de décourager la charité privée. A tort ou à raison, beaucoup de gens ne veulent pas employer les administrations laïques pour les distributions de leurs largesses. Une combinaison déjà ancienne leur donne le moyen d'écarter le bureau de bienfaisance, tout en respectant son prétendu monopole : la libéralité charitable est *acceptée* par le bureau de bienfaisance ; les biens ou valeurs qui en font l'objet sont *recueillis et gérés par lui*, mais *ce n'est pas lui qui fait la distribution des secours*. Il est permis au disposant de désigner d'autres personnes pour les charger de ce soin, et les exemples qu'on rencontre dans la pratique sont des plus variés[3]. Cette combinaison, de plus en plus employée, est licite (Cass., 22 août 1881, D. 82. 1. 476, S. 83. 1. 467 ; Cass., 21 avril 1898, D. 98. 1. 455, S. 98. 1. 233)[4].

[1] Elle est encore admise par les arrêts les plus récents (Amiens, 26 déc. 1894, D. 96. 2. 75, S. 97. 2. 197 ; Cass., 6 août 1895, D. 96. 1. 322 ; Paris, 27 juill. 1897, D. 98. 2. 112, S. 98. 2. 45).

[2] Le seul texte qu'on puisse citer et qui soit un peu probant est celui de l'ordonnance du 2 avril 1817. A cette époque, à raison de l'harmonie parfaite qui régnait entre l'Église et l'État, on a pu ne pas voir le danger qu'il y avait à monopoliser la charité au profit de l'administration générale de la commune. Mais s'il est vrai que l'ordonnance ait un pareil sens, est-elle valable ? Et un *décret* a-t-il pu ajouter ainsi à la loi et limiter une liberté qui résulte de l'ensemble de nos institutions ? — Sur toute cette question, voir Tissier (n°s 228 et suiv.), qui croit au monopole.

[3] Distribution par des ecclésiastiques (Douai, 11 févr. 1842, D. 45. 2. 60, S. 45 2. 273) ; par les sœurs de charité d'un hospice (Bordeaux, 26 juin 1845, D. 45. 4. 150, S. 46. 2. 368) ; par le curé de la paroisse (Douai, 30 déc. 1874, D. 77. 2. 158 ; Limoges, 28 janv. 1889, D. 90. 2. 303, S. 91. 2. 149 ; Riom, 11 juin 1895, D. 97. 2. 49, S. 95. 2. 295) ; par la fabrique paroissiale (Paris, 23 janv. 1891, D. 91. 2. 342, S. 91. 2. 206) ; par le maire de la commune assisté d'un parent du testateur (Angers, 23 janv. 1880, D. 82. 1. 476) ; par les juges de paix de la ville (Riom, 1er juin 1874, D. 76. 1. 132) ; par un diaconat protestant (Rouen, 9 mai 1900, S. 1903. 2. 197) ; par le frère du testateur (Paris, 26 nov. 1902, S. 1903. 2. 163).

[4] Cependant, la jurisprudence administrative ne paraît pas d'accord avec la juris-

Toute cette pratique a pour point de départ une lettre de M. Guizot, du 2 mars 1837 (Tissier, *Dons et legs*, n° 230, t. I, p. 512-513), qui proposait d'autoriser l'établissement gratifié et l'autorité municipale à accepter simultanément la libéralité. Sa proposition, rejetée d'abord par le Conseil d'État, fut accueillie à titre transactionnel, sur les instances du clergé, par un avis du 4 mars 1841, et améliorée par deux avis du 24 janvier et 10 juin 1863. Ce fut ce qu'on appela le *système de l'acceptation conjointe*. Sur les variations de la pratique administrative, que je ne puis suivre ici en détail, voyez Tissier, n°s 231 et suiv.

3004. De la dispense de rendre compte. — En principe, l'intermédiaire employé par le disposant pour la distribution des secours est obligé de rendre compte au bureau de bienfaisance, qui lui remet périodiquement les fonds à distribuer (Caen, 23 oct. 1888, D. 97. 2. 50, en sous-note). Mais souvent le disposant le dispense de cette obligation, et cette dispense est valable (Limoges, 28 janv. 1889, D. 90. 2. 303, S, 91. 2. 149 ; Riom, 11 juin 1895, D. 97. 2. 49, S. 95. 2. 295)[1]. Un arrêt a cependant considéré ce procédé comme illicite, et annulé en conséquence la libéralité dont il lui paraissait être la cause impulsive et déterminante (Agen, 16 nov. 1891, D. 93. 2. 213). D'autres, considérant la clause comme illicite, l'ont réputée non écrite (Toulouse, 4 nov. 1890, D. 97. 2. 49 en sous-note, S. 91. 2. 151 ; Grenoble, 27 janv. 1903, D. 1905. 2. 276, S. 1906. 2. 34). Ces dernières décisions sont certainement inexactes ; elles conduisent à des rigueurs inutiles, dont les pauvres sont les victimes, au grand détriment de la justice. Comp. Paris, 27 juill. 1897, D. 98. 2. 112, S. 98. 2. 45. Voyez aussi n° 3005-3°.

3005. Observations. — 1° Le monopole des bureaux de bienfaisance n'est admis que pour les *biens* ou *capitaux* qu'il s'agit de conserver et gérer dans l'intérêt des pauvres ; il ne s'étend pas aux sommes à distribuer en une seule fois et notamment au produit des quêtes. Voyez les arrêts de 1881 et de 1897 cités ci-dessus, n° 2997.

2° De plus, les distributions d'argent ou de pain à faire aux pauvres peuvent faire l'objet non d'un *legs* que le bureau de bienfaisance serait en droit de réclamer, mais d'une simple *charge* imposée aux héritiers, ce qui évite toute intervention administrative (Cass., 28 juill. 1903, D. 1905. 1. 425, S. 1904. 1. 87). Voyez ci-dessous, n°s 3013 à 3021.

3° Une loi du 13 avril 1908, modifiant et complétant la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Églises et de l'État, interdit à l'État, aux départements, aux communes et aux établissements publics d'accepter à l'avenir des libéralités comportant la distribution de secours aux pauvres par l'intermédiaire d'un ecclésiastique et n'autorise la continuation des charges antérieurement acceptées que si l'Administration possède le contrôle de l'emploi des fonds.

D. — Droit fiscal.

3005 *bis*. Tarif applicable aux dons et legs charitables. — Lorsque les Chambres ont surélevé en 1901 les droits de mutation à percevoir sur les dispositions à titre gratuit (L. 25 février 1901, art. 18), en les portant jusqu'à 13 francs 50 pour cent entre personnes non parentes, elles ont établi un tarif de faveur pour les dons et legs affectés à des œuvres d'assistance, qui paient seulement 9 pour cent, sans addition de décimes (art. 19).

prudence civile. Sur la possibilité de faire distribuer aux pauvres par un tiers le revenu d'une fondation recueillie par le bureau de bienfaisance, elle décide que le bureau de bienfaisance ne peut pas « abdiquer la mission qu'il tient de la loi de répartir les secours » (note du 15 mai 1889, Reynaud, p. 267).

[1] L'arrêt de la Cour de Riom admet en outre que, pour mieux assurer le respect de la volonté des testateurs, la clause du testament qui désigne la personne chargée de la distribution des revenus doit être inscrite sur le titre de rente acheté par le bureau de bienfaisance comme placement des fonds.

Section III. — Des conditions et charges des libéralités.

3006. Bibliographie. — Ét. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*, Paris, 1887. — Labbé, *Examen doctrinal*, dans la *Revue critique*, 1884, t. XIII, p. 641. — Labbé, Note dans Sirey, 84. 1. 305. — Demartial, thèse citée ci-dessus, n° 2981. — Voyez aussi les ouvrages cités aux n°s 2924 et 2990, ci-dessus, et aux n°s 3264 et 3330, ci-dessous.

****3007. Distinction de la condition et de la charge.** — Il y a *libéralité conditionnelle,* lorsque l'effet en est subordonné à la réalisation d'une condition proprement dite, qui peut être *suspensive* ou *résolutoire* ; ainsi la libéralité faite sous la condition que le bénéficiaire ne se remariera pas est faite sous condition résolutoire : il la perdra s'il se remarie.

Il y a *libéralité avec charges,* lorsque celui qui en est gratifié est obligé d'en employer l'objet, en tout ou en partie, à une certaine destination indiquée par le disposant. C'est la *libéralité onéreuse,* ou libéralité « sub modo », dont il a déjà été parlé à propos du caractère gratuit des donations (ci-dessus, n° 2505). La libéralité avec charges est affectée d'une condition implicite, en ce sens que si le donataire ou le légataire n'exécute pas la charge qui lui est imposée, il s'expose à voir prononcer contre lui la *résolution* de la donation ou du legs : c'est l'action en résolution, admise dans tout rapport synallagmatique et appelée vulgairement « condition résolutoire tacite ». Voyez sur ce point t. II, n°s 1307 et suiv.

§ 1. — *Des libéralités avec charges.*

3008. Distinction. — Pour étudier les effets de l'imposition d'une charge à une libéralité, il faut distinguer dans l'intérêt de qui la charge existe. Elle peut être en effet : 1° dans l'intérêt *du disposant* ; 2° dans l'intérêt *du gratifié* ; 3° dans l'intérêt *d'un tiers*. Cette variété de combinaisons influe d'une manière profonde sur la nature de l'opération, car la classification des actes juridiques a pour fondement, d'une part, leur objet, et de l'autre, la fonction variable des charges auxquelles ils sont assujettis. Voyez Planiol, *Classification synthétique des contrats*, *Revue critique*, 1904, p. 472.

A. — Charges établies au profit du disposant.

1° Libéralités entre vifs.

****3009. Effet de la charge sur le caractère gratuit de l'acte.** — Si le donateur doit retirer personnellement un profit de l'exécution de la charge, par exemple s'il s'agit de payer ce qu'il doit à autrui ou d'assumer à sa place une charge qui allait lui incomber, comme le service d'une rente qu'il venait de constituer à un vieux domestique, alors *il se trouve lui-même plus riche de toute la valeur de la charge imposée au donataire* : il

est libéré envers ses créanciers ou dispensé d'une rente. *Dans cette mesure l'acte cesse d'avoir le caractère gratuit,* qui est l'essence de la donation ; il y a un *contrat mixte,* qui est en partie onéreux, en partie gratuit. Néanmoins, par une tradition qui remonte au droit romain, on considère l'acte comme étant une donation dans son ensemble (Maynz, t. II, § 256, 3°), et il garde ce caractère tant que la charge ne devient pas la partie principale de l'opération, la partie donnée gratuitement étant alors réduite au rôle d'accessoire.

Si les charges deviennent équivalentes, ou à peu près, à la valeur des biens cédés, l'acte n'est pas une donation, mais une vente, un louage de services, ou un contrat sans nom spécial (Caen, 21 avril 1841, D. 41. 2. 229, S. 41. 2. 433 ; Douai, 2 févr. 1850, D. 51. 2. 133, S. 51. 2. 182 ; Cass., 21 déc. 1887, D. 88. 1. 256, S. 88. 1. 412. Comp. Cass., 7 déc. 1885, D. 87. 1. 324, S. 88. 1. 10). C'est pour cela qu'il faut considérer comme des contrats onéreux les *dots moniales* ou *aumônes dotales,* apportées par les religieuses à leur communauté qui s'engage à les loger, nourrir et entretenir : ces actes valent comme conventions à titre onéreux (Besançon, 1er déc. 1884, D. 85. 2. 239)[1]. Voyez aussi t. II, n° 2135.

2° Libéralités testamentaires.

3010. Leur rareté. — Il est assez rare de rencontrer dans les testaments une charge imposée au légataire dans l'intérêt du testateur ; cependant cela se voit parfois. Par exemple, il est dit que, pour profiter de la libéralité qui lui est faite, le légataire devra entretenir le testateur jusqu'à sa mort, le nourrir et le défrayer de tout. Exemple : Legs fait « à celui qui me soignera » (Trib. civ. Douai, 11 mai 1903, *Recueil de Douai,* 1904, 231). On peut citer encore en ce genre la charge de faire dire des messes pour l'âme du testateur[2].

3011. Cas de validité. — Ces charges sont-elles valables ? Une distinction est nécessaire, selon que le légataire a pris ou non un engagement formel envers le testateur.

1° Engagement positif du légataire. — Il y aurait nullité si le légataire prenait *d'une manière positive* envers le testateur l'engagement de remplir la charge : il y aurait alors *convention sur succession future* (Cass., 25 janv. 1853, D. 53. 1. 43, S. 53. 1. 172. — Comp. Paris, 12 nov. 1858, D. 59. 2. 131, S. 59. 2. 307).

2° Absence d'engagement. — Au contraire, la nullité sera évitée, si le légataire s'abstient de prendre *aucun engagement* envers le testateur (Cass., 22 mars 1882, D. 83. 1. 76, S. 85. 1. 59). En l'absence de tout accord de volonté, la charge se réduit à une simple condition de nature à se réaliser seulement pendant la vie du testateur. C'est une combinaison qui était déjà permise par le droit romain (*Digeste,* liv. XXXV, tit. 1,

[1] Sur la restitution des dots moniales la Cour de cassation a eu l'occasion de rendre plusieurs arrêts en 1907, les 13 mars, 14 mai et 4 juin (D. 1907. 2. 281 et 1908. 1. 191, S. 1907. 1. 321 et 420). Comp. les thèses de MM. André Léveillé, Paris, 1907, et Le Prado, Caen, 1908.

[2] Sur le cas où ces messes doivent être dites dans les églises ou chapelles appartenant à des congrégations non autorisées, voyez Paris, 1er déc. 1892, D. 93. 2. 496. — Pour le cas où le service des messes a fait l'objet d'une *fondation,* voyez ci-dessous, n° 3331, note.

fr. 91). D'autre part la condition d'un legs peut être potestative de la part du légataire (Rennes, 10 mars 1841, Dalloz, *Répert.*, v° Dispositions entre vifs et testamentaires, n° 115).

B. — Charges établies au profit du gratifié.

***3012. Maintien constant de la gratuité malgré la charge.** — Quand c'est la personne gratifiée elle-même qui doit profiter de l'exécution de la charge, la libéralité qui lui est faite conserve toujours son caractère à titre gratuit ; et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les donations et les legs. La destination obligatoire de la somme n'empêche pas la gratuité de la prestation [1]. Ainsi je vous donne ou je vous lègue 500 francs à la condition expresse que vous ferez un voyage projeté par vous et devant la dépense duquel vous reculiez. Il y a libéralité, car vous recevrez les 500 francs sans rien faire en retour pour moi ou pour mon héritier, et je m'appauvris gratuitement ; j'augmente à mes dépens votre puissance d'action. L'acte conserverait même son caractère de libéralité, si la charge devait monter à un chiffre supérieur à la valeur donnée, par exemple, si le voyage devait vous coûter 1 000 francs.

C'est dans cette catégorie que rentrent les *donations faites aux villes et autres personnes morales avec une affectation obligatoire*, charitable, scientifique ou autre. Voyez cependant Nîmes, 22 janv. 1890, D. 91. 2. 113, S. 93. 2. 13 ; mais dans cet arrêt le caractère onéreux attribué à la donation a été un simple procédé pour obtenir un résultat auquel on voulait arriver. C'est pour la même raison encore que les *constitutions de dot* faites à l'un des époux par un tiers sont des actes à titre gratuit, bien que le donataire assume en se mariant des charges plus lourdes que les revenus de la dot (voyez ci-dessus, n° 854).

C. — Charges établies au profit d'un tiers.

***3013. Caractère complexe de l'hypothèse.** — Je vous donne ou je vous lègue des choses ou des titres valant 100 000 francs à la condition que vous donnerez vous-même 50 000 francs à une autre personne. Quelle est la nature d'un pareil acte ? Remarquons tout d'abord que le nombre des personnes qu'il intéresse augmente : dans les deux précédentes hypothèses, le bénéficiaire de la charge était tantôt le disposant, tantôt le gratifié, en tout cas *l'une des parties* : ici le *bénéficiaire de la charge est un tiers*. Nous avons donc affaire à des rapports juridiques plus compliqués : il y a une relation établie entre le disposant et le légataire ou donataire grevé de la charge, d'une part ; entre le disposant et le bénéficiaire de la charge, d'autre part.

[1] Ces clauses qui fixent obligatoirement la manière d'employer la chose donnée, ne se comprennent que pour les donations de *sommes d'argent*, parce que l'argent peut servir à toutes sortes d'usages. Mais, quand il s'agit *d'objets en nature*, leur usage est forcé, il est déterminé par leur nature même : que peut-on faire d'une barrique de vin, sinon la boire ? d'un bijou, sinon le porter ? Par où l'on voit que la limitation de l'usage que le donataire fera de la chose donnée ne détruit pas la libéralité.

***3014. Diminution dans l'étendue de la libéralité.** — Toute charge imposée à un don ou à un legs au profit d'un tiers a nécessairement pour effet de *diminuer le montant de la libéralité de toute la valeur de la charge.*

Ainsi je vous donne 100 000 francs à la condition que vous en emploierez 50 000 au profit d'un tiers, de la façon que j'indique, il est clair que je ne vous en donne que 50 000. Pour toute la partie du don, qui ne doit pas rester entre vos mains, la personne véritablement gratifiée est le bénéficiaire de la charge ; la libéralité suppose toujours un *enrichissement,* une *acquisition,* et cet enrichissement fait défaut si on suppose que, d'après les termes mêmes de l'acte, le bénéfice de la disposition n'appartient pas à la personne qui est gratifiée en apparence.

Cependant cette manière de comprendre la situation a été partiellement rejetée par le droit fiscal, pour un cas particulier, lorsque la charge est établie au profit de *personnes indéterminées,* ou que l'on ne peut pas assimuler actuellement à des légataires, soit parce qu'elles n'existent pas encore, soit parce que le testateur n'a pas entendu leur conférer d'action contre l'héritier. En ce cas le bien grevé de charges est considéré comme entrant dans le patrimoine de l'héritier ou du légataire, et supporte à ce titre un premier droit de mutation (Cass., 20 mars 1905, S. 1906. 1. 197). Puis, quand la distribution en est faite plus tard, conformément aux indications du disposant, à des personnes tierces ou à des établissements de bienfaisance, il se produit une seconde mutation, qui rend exigible le droit de donation entre vifs sur les actes d'acceptation de ces libéralités (Cass., 6 juill. 1871, D. 71. 1. 163, S. 71. 1. 343 ; Solution de l'enregistrement, 22 avril 1866 et 11 oct. 1867, D. 68. 3. 94).

***3015. Nature de l'acte à l'égard de la personne grevée de la charge.** — Ce que nous appelons « donation » ou « legs » n'est donc pas nécessairement une *libéralité* pour celui qui joue le rôle de donataire ou légataire. Qu'est-ce alors ? Supposons la charge égale à la valeur donnée ou léguée ; le raisonnement qui va suivre serait le même en cas de charge partielle, mais il ne s'appliquerait que dans la mesure où la charge existe, le surplus étant une libéralité pure. La nature de l'opération dépend d'une distinction.

1° *Si la chose donnée ou léguée reste aux mains du donataire ou légataire* grevée de charges, il y a en ce qui le concerne, *acquisition à titre onéreux.* Ainsi, quand je *donne* ma maison, qui vaut 100 000 francs, à Pierre, à charge par lui de donner 100 000 francs à Paul, en réalité Pierre *achète* ma maison, il me la *paye* ; c'est comme s'il me donnait les 100 000 francs pour que je les remisse moi-même à Paul ;

2° Si la chose donnée ou léguée ne fait que passer par les mains de Pierre, pour être remise par lui à Paul, c'est Paul qui est le *donataire* ou le *légataire,* et Pierre, donataire ou légataire apparent, n'est qu'un *agent de transmission,* une sorte de mandataire, n'ayant pour lui ni profit ni risque.

***3016. Nature de l'acte à l'égard du bénéficiaire de la charge.** — Le tiers bénéficiaire de la charge reçoit à des titres différents, selon la

nature des relations qui existaient antérieurement entre le disposant et lui. Était-il *créancier* de la somme ou de la chose qui lui est remise ? l'acte est à son égard un *paiement* ou une *dation en paiement*. Ne lui devait-on rien ? Il reçoit à titre de *don*, ou de *legs*, ou peut-être, mais plus rarement, de *prêt remboursable*. Pour lui, la nature de l'opération ne dépend donc pas du rôle variable que joue l'intermédiaire chargé de lui faire parvenir la chose ou l'argent ; que cet intermédiaire ne soit qu'un agent de transmission ou qu'il soit un véritable donataire ou légataire, gratifié pour son compte, mais grevé de charge, peu importe ; le tiers n'en recevra pas moins à titre de paiement, ou à titre de don, selon la nature de ses relations antérieures avec le disposant[1].

3017. Distinction de la charge proprement dite et de l'interposition de personne. — Dans les cas, assez nombreux en pratique, où le disposant charge une personne de faire parvenir à une autre tout ou partie des objets ou valeurs qu'il lui donne ou lègue, on entend parler alternativement de *libéralité avec charge* et de *libéralité par personne interposée*, et généralement aussi on n'applique pas le même régime à ces deux procédés. Où est donc la différence entre eux ? Théoriquement, la distinction paraît facile. Il y a interposition de personne lorsque les biens ou les valeurs qui font l'objet de la libéralité, considérés comme corps certains, ne doivent pas rester dans le patrimoine du donataire ou du légataire, qui n'en est propriétaire qu'en apparence, et que, d'après l'intention commune des parties, la propriété en est transmise réellement par le disposant au tiers qu'il a seul entendu gratifier ; il y a libéralité avec charge, lorsque la propriété de ces biens ou valeurs sera réellement transmise par la volonté du disposant au donataire ou légataire apparent, lequel se trouvera simplement grevé d'une obligation envers le tiers bénéficiaire.

L'interposition de personne a pour but la transmission de la *propriété* au tiers, la charge le rend seulement *créancier* du donataire[2].

Mais quand on étudie de près les arrêts on s'aperçoit que la distinction n'est pas aussi simple dans les faits, car des libéralités qui paraissent de tout point semblables ont été traitées les unes comme faites par personnes interposées, les autres comme constituant de simples charges. Voyez les

[1] Il résulte de là une conséquence assez curieuse : quand une fondation charitable est faite au profit d'un établissement public, chargé d'attribuer chaque année les revenus à des catégories déterminées de personnes (par exemple les prix de vertu que distribue l'Académie française), les personnes récompensées sont en réalité des donataires posthumes ou des légataires indirects des fondateurs ; ils reçoivent une libéralité, et de qui ? Ce n'est pas de l'Académie, qui n'est qu'un dépositaire et un caissier, mais bien des personnes généreuses qui lui ont laissé leurs capitaux.

[2] Sous sa forme parfaite la donation avec charges n'est qu'une application de la *stipulation pour autrui*, valable aux termes de l'art. 1121, comme étant la *condition* d'une donation faite par le stipulant au promettant.

arrêts cités au n° suivant. Voyez aussi un jugement relatif à la fondation de Goncourt, et décidant que les légataires universels n'étaient pas personnes interposées (Trib. civ. de la Seine, 5 août 1897, *Gazette des Tribunaux*, 7 août 1897).

3018. Pouvoir des juges du fait. — La Cour de cassation juge que l'interprétation du testament est une question de fait et que les juges du fond apprécient souverainement si le disposant a eu sérieusement l'intention de gratifier le légataire désigné par lui, ou si ce légataire n'est qu'une personne interposée (Cass., 6 nov. 1888, D. 89. 1. 314, S. 90. 1. 241 ; Cass., 25 janv. 1893, D. 94. 1. 257, S. 96. 1. 29 ; Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 1. 302 ; Cass., 12 mai 1902, D. 1902. 1. 425 ; Cass., 28 juill. 1903, D. 1905. 1. 425, S. 1904. 1. 87 ; Cass., 2 janv. 1906, S. 1906. 1. 348).

M. Beudant s'est élevé contre cette jurisprudence qui lui paraissait dangereuse (note au *Dalloz*, 94. 1. 257). La Cour laisse la porte ouverte à l'arbitraire, et des solutions contraires se produisent ; il n'y a pas de principe, il n'y a que des solutions d'espèce, et les libéralités adressées à une personne par l'intermédiaire d'une autre sont tantôt annulées et tantôt validées, sans qu'on sache au juste pourquoi. Tout cela est vrai, mais y avait-il moyen de faire autrement ?

3019. Étendue équivalente des deux procédés. — On paraît croire souvent qu'il existe une différence entre la charge et l'interposition de personnes, dans l'étendue de la restitution imposée au donataire ou légataire qui en est grevé. En fait, il en est souvent ainsi : quand un testateur, en léguant sa fortune à un légataire universel l'oblige à servir une rente viagère à un vieux domestique, on dit qu'il y a simple charge ; au contraire, si ce testateur lègue à titre particulier à un ami des valeurs mobilières, en le chargeant de faire parvenir ces valeurs à une communauté religieuse, on dit qu'il y a interposition de personne : dans le premier cas la charge est *minime* par rapport à l'objet du legs ; dans le second cas, elle est *totale* et a la même étendue que lui.

La différence n'est pourtant pas là. En effet, il est admis que la charge peut absorber la totalité de la valeur des choses données ou léguées. Ainsi le legs universel est valable et conserve son caractère, quoique les charges et les legs particuliers épuisent toute la succession (Cass., 5 juill. 1886, D. 86. 1. 465, S. 90. 1. 241 ; Bourges, 11 janv. 1887, D. 87. 2. 80, S. 90. 2. 170 ; Cass., 28 juill. 1903, D. 1905. 1. 425 ; Trib. civ. Seine, 27 févr. 1906. *Gazette des Tribunaux*, 10 juin 1906). Il peut donc y avoir égalité entre la libéralité et la charge, et toute différence s'évanouit à ce point de vue entre la simple charge et l'interposition de personne.

D'un autre côté, quand on se sert d'une personne interposée, il es parfaitement possible de lui imposer l'obligation de restituer une partie seulement des valeurs qu'on lui transmet. L'opération se dédouble alors, et il y a une libéralité par personne interposée jointe à une libé-

ralité sérieuse, devant rester définitivement aux mains de son destinataire apparent.

Il en résulte que les deux procédés sont pratiquement équivalents par leur résultat final, et qu'il n'y a entre eux que des nuances relatives aux convenances personnelles des parties. Le donataire ou le légataire qui exécute une charge dont il est grevé, ne retire aucun profit personnel, jusqu'à concurrence de cette charge, de la libéralité dont il est titulaire apparent : il fait, pour le tout ou pour partie, à peu près le même office qu'une personne interposée. On ne voit donc pas pourquoi on ne considère pas le tiers bénéficiaire de la charge comme étant lui-même donataire ou légataire. Les différences auxquelles on s'arrête sont superficielles et secondaires[1].

3020. Conditions de validité de la libéralité faite par intermédiaire. — Lorsque l'intermédiaire employé joue simplement le rôle d'une personne interposée, la validité de la libéralité s'apprécie dans la personne du donataire ou légataire véritable ; la personnalité de l'intermédiaire s'efface, parce qu'il ne joue aucun rôle propre. L'acte sera donc valable ou nul dans les mêmes cas où il l'aurait été, s'il avait été adressé directement à son véritable bénéficiaire. C'est ce qui arrive, par exemple, dans les cas assez fréquents où on annule une libéralité adressée à un établissement non reconnu sous l'apparence d'une libéralité adressée à l'un de ses membres ou à un ami de confiance. Comp. Paris, 1er déc. 1892, D. 93. 2. 496.

Au contraire, lorsque l'intermédiaire joue lui-même le rôle de donataire ou de légataire, la validité de la libéralité doit s'apprécier uniquement en sa personne. C'est ce qui rend si utile le procédé de la libéralité avec charges : il permet de faire parvenir un don ou un legs par l'intermédiaire d'une personne capable, à d'autres personnes que l'on ne pourrait pas gratifier directement. Telles sont :

1° Les *personnes non encore conçues* (ci-dessus, nos 2911 et suiv.) ;

2° Les *personnes incertaines* ou plus exactement, les *personnes indéterminées* (ci-dessus, nos 2924 et suiv.).

Ces deux catégories de personnes ne sont pas frappées d'une véritable *incapacité* ; la loi n'a aucune prévention contre elles ; elle ne tient nullement à prohiber les libéralités que les particuliers désirent leur faire. Si ces libéralités sont impossibles, c'est uniquement pour une raison de fait :

[1] Ces idées commencent à se faire jour et à se répandre. « Recevoir sous le nom de charge n'est-ce pas recevoir ? Donc c'est un legs indirect. Qu'importe à une congrégation non autorisée qu'on lui donne à titre de legs ou à titre de charge ; pourvu qu'elle reçoive ? » (Laurent, t. XI, no 194). — D'autres auteurs contestent la qualité de légataire à celui qui n'a pas le bénéfice de la disposition, et, par exemple, dans un legs charitable fait à l'Assistance publique, ils considèrent que le vrai légataire n'est pas l'Administration chargée de ce service, mais la collectivité des pauvres qui en bénéficie (Grunebaum-Ballin et Lévy-Ullmann, *Essai sur les fondations par testament*).

l'*inexistence actuelle* de ces personnes ou leur état d'*indétermination*; la dévolution de biens que suppose toute libéralité est irréalisable. Mais l'interposition d'une personne vivante et capable lève l'obstacle : cette personne recevra et gardera les biens dans l'intérêt des personnes futures; ou bien elle sera investie de la mission d'*élire* les personnes actuellement indéterminées qui doivent en bénéficier[1]. Quelle raison y aurait-il d'interdire une pareille combinaison?

Quelquefois la question de savoir si on a affaire à une libéralité par personne interposée ou à une libéralité avec charges est moins grave ; et il s'agit, non plus de sa *validité*, mais simplement de son *mode d'exécution*. Ainsi un legs est adressé à une personne à charge de l'employer en tout ou en partie à la fondation d'un hospice où seront recueillis des vieillards ou des enfants pauvres. Y voit-on une libéralité avec charge ? Il sera recueilli par le légataire apparent, qui sera seul chargé de la fondation de l'hospice, conformément aux vues du testateur (Paris, 17 juin 1892, D. 92. 2. 381). Y voit-on au contraire une libéralité adressée aux pauvres par personne interposée ? Cette personne doit être écartée, et le legs sera recueilli par le maire, représentant légal des pauvres (Besançon, 25 mars 1891, D. 93. 2. 6, S. 96. 1. 29). En effet, les bureaux de bienfaisance ne peuvent réclamer que les *dons* ou *legs* faits aux pauvres, et non les simples *charges* des libéralités recueillies par les particuliers, ou des établissements déterminés (Cass., 28 juill. 1903, D. 1905. 1. 425, S. 1904. 1. 87). Voyez cependant Cass., 25 janv. 1893, D. 94. 1. 257, S. 96. 1. 29.

3021. Cas où il y a charge sans obligation envers personne. — Jusqu'ici nous avons supposé que la charge apposée à une libéralité profitait à un tiers que l'on pouvait considérer comme créancier. C'est une condition qui n'est pas toujours réalisée : il se peut que le donataire ou le légataire tenu de la charge n'ait devant lui personne qui puisse lui en réclamer l'exécution. Ceci peut se produire de deux façons différentes :

1° Il est possible que le légataire soit chargé de faire fonctionner une *œuvre* qui ne sera pas revêtue de la personnalité civile et qui ne constituera pas un établissement distinct. Ainsi un legs fait à un évêché, à charge d'entretenir un orphelinat, a été validé (Amiens, 16 févr. 1893, D. 94. 2. 67, S. 93. 2. 253). L'orphelinat n'était pas reconnu d'utilité publique ; c'était une œuvre privée entretenue par l'évêché : il n'y avait donc pas, aux yeux de la loi, une *personne* bénéficiaire de la charge.

2° Il se peut que la charge dont le légataire est grevé ne constitue pas pour lui une *obligation* proprement dite et juridiquement définie. Le disposant se contente parfois d'exprimer un *désir*, ou de demander à son légataire un simple *engagement d'honneur*, dont la réalisation est laissée à sa discrétion. Voyez Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 1. 302. Il n'y a alors qu'un simple fidéicommis non obligatoire, qui est possible (Paris, 17 juin 1892, D. 92. 2. 381), mais dont la loi n'a pas à s'occuper.

[1] La prétendue incapacité des *personnes incertaines* disparaît entièrement quand il s'agit de simples charges à exécuter par un donataire ou un légataire universel (Cass., 13 juill. 1859, D. 59. 1. 322, S. 59. 1. 654), et, par suite, la *faculté d'élire*, qui annule un legs direct, est acceptée et pour ainsi dire forcée et naturelle pour l'exécution d'une charge dont les bénéficiaires ne peuvent être indiqués tout de suite par le disposant : le légataire doit forcément les choisir à sa place et d'après ses indications. En général la jurisprudence admet la validité de cette combinaison (Bourges, 11 janv. 1887, D. 87. 2. 80, S. 90. 2. 271 ; Angers, 22 juin 1887, D. 94. 2. 595, S. 90. 1. 243 ; Nancy, 9 déc. 1891, D. 92. 2. 271 ; Cass., 27 juin 1899, D. 99. 1. 592, S. 1901. 1. 271), et cette jurisprudence a été indirectement confirmée par l'arrêt Durand-Gasselin (Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 2. 302). Cependant quelques arrêts ont annulé, comme faits à des personnes incertaines, les legs à employer « en bonnes œuvres » (Cass., 1er juill. 1861, D. 61. 1. 257, S. 61. 1. 753 ; Reims, 14 mars 1866, *Journal des notaires*, 1868, p. 208 ; Dijon, 1er juin 1883, S. 85. 2. 175 ; Douai, 1er mai 1894, S. 95. 2. 1 ; Nancy, 9 mars 1901, P. 1903. 2. 43), et cette jurisprudence restrictive a été soutenue par M. Labbé (note sous l'arrêt de Douai précité). Comparez ci-dessus, nos 2741 et 2745.

Dans la première hypothèse, la seule sanction qui puisse forcer le légataire ou le donataire à exécuter les charges est l'*action en résolution* qui appartient au disposant ou à ses représentants. Dans la seconde hypothèse, il n'y a pas de sanction du tout.

Comme il n'y a personne qui puisse en réclamer l'exécution, la nécessité d'obtenir l'autorisation administrative disparaît, quand la charge doit profiter à un établissement public ou d'utilité publique. En effet, il n'en existe aucun qu'on puisse considérer comme actuellement gratifié et comme qualifié pour solliciter une autorisation. Voyez ci-dessus, n° 2940, ce qui est dit des charges d'hérédité. — Cependant si l'établissement qui doit profiter de la charge a été désigné en fait par le testateur, on l'autorise, non pour accepter, mais pour l'habiliter à agir et à en surveiller l'exécution (Théod. Tissier, *Dons et legs*, n° 286)[1].

3° Nullité des charges secrètes

3022. Ancienneté de leur usage. — Depuis bien longtemps les testateurs ont montré qu'ils aimaient à tenir secrète la destination de certaines libéralités : ils font un legs à une personne capable de recevoir, mais qui n'est d'ordinaire qu'un légataire apparent, et le bénéfice du legs doit aller à d'autres personnes, selon les instructions verbales ou écrites données par le testateur à son légataire. Déjà dans l'ancien droit un bon nombre d'arrêts s'étaient occupés de ces legs accompagnés de charges secrètes. La jurisprudence les annulait parfois, surtout quand il s'agissait de libéralités importantes, ou quand il y avait une fraude prouvée ; le plus souvent elle les validait. Voyez l'analyse des arrêts dans la thèse de M. Audouin, p. 28 à 39.

3023. Nullité des legs secrets. — Les décisions de la jurisprudence qui annulent les libéralités testamentaires secrètes sont très nombreuses. Il va de soi que la nullité est prononcée quand la destination de la charge secrète est connue en fait et que son bénéficiaire se trouve être incapable de recevoir, quand c'est par exemple la compagnie des Jésuites (Cass., 8 août 1826, D. 27. 1. 50, S. 27. 1. 47, S. chr. 8. 1. 409 ; Cass., 28 mars 1859, D. 59. 1. 442, S. 60. 1. 346). Alors c'est plutôt l'*incapacité* de la personne gratifiée, qui est la cause de l'annulation, que le secret dont la libéralité a été entourée.

Mais lorsque le secret n'est pas révélé et que le bénéficiaire de la charge reste définitivement inconnu, la nullité est encore prononcée par les tribunaux, non plus à raison d'une incapacité démontrée, mais dans la crainte des fraudes que ce procédé secret permettrait de réaliser impunément, s'il était toléré ; la personne du légataire véritable n'étant pas connue, sa capacité ne peut être vérifiée et toutes les prohibitions de la loi restent vaines (Douai, 15 déc. 1848, D. 49. 2. 254, S. 49. 2. 537 ; Colmar, 22 mai 1850, D. 52. 2. 288, S. 52. 2. 435 ; Cass., 13 janv. 1857, D. 57. 1. 197, S. 57. 1. 180 ; Limoges, 13 mai 1867, D. 67. 2. 81 ; Cass., 30 nov. 1869, D. 70. 1. 202, S. 70. 1. 119 ; Paris, 3 mai 1872, D. 72. 2. 200 ; Caen, 21 déc. 1905, D. 1907. 2. 345).

3024. Effet de la nullité. — A qui profite l'annulation de la libéralité secrète ? Cela dépend. Si la charge dont la destination est inconnue est *équivalente au montant total du legs* fait au légataire apparent, celui-ci n'ayant pas été gratifié personnellement ne peut rien retenir d'une libéralité qui ne lui a pas été adressée (Cass., 6 août 1862, D. 62. 1. 436). Mais s'il s'agit d'un légataire universel, à qui une charge secrète et *partielle* a été imposée, la nullité de cette charge profite au légataire institué et non aux héritiers

[1] D'après M. Tissier, la distinction entre la *charge d'hérédité* et le *legs* proprement dit, repose toute entière sur l'existence ou l'absence d'une *action* destinée à en exiger l'accomplissement : il y a *legs*, quand cette action existe au profit du bénéficiaire de la charge ; simple *charge d'hérédité*, quand elle fait défaut (*op. cit.*, n° 69). — Ce procédé serait, en effet, très logique et très clair ; il serait de plus conforme au droit romain qui admettait qu'un second legs pouvait être mis à la charge d'un premier légataire (*legare ab aliquo*). Mais la distinction ne paraît plus conciliable avec les solutions de la jurisprudence moderne, et M. Tissier lui-même l'abandonne dans le passage cité au texte, où il admet l'existence d'une action au profit d'un établissement bénéficiant d'une simple charge.

légitimes (Cass., 14 déc. 1819, S. 20. 1. 131 ; Cass., 5 mars 1857, D. 57. 1. 199). Cette nullité ne peut pas être demandée par une personne à qui elle ne profite pas (Angers, 22 avril 1901, *Le Droit*, 26 octobre 1901).

3025. Arrêts de validation. — De rares arrêts ont admis au contraire la validité d'un legs fait avec charge de remplir les intentions du testateur, connues du légataire (Rennes, 8 déc. 1856, D. 58. 1. 79 ; Lyon, 14 févr. 1862, S. 62. 2. 314). Ce dernier arrêt surtout est catégorique. Il faut les considérer comme des arrêts d'espèce. Ainsi que les legs, les arrêts ont parfois leurs motifs secrets. Voyez aussi l'affaire Durand-Gasselin, dans laquelle il s'agissait d'une fortune considérable léguée à la condition d'être employée en œuvres philanthropiques (Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 1. 302).

Enfin certaines décisions ont profité de ce qu'on ne trouvait pas trace de la mission secrète confiée au légataire, pour déclarer que le légataire apparent était personnellement gratifié et pour valider la disposition (Nancy, 23 mars 1872, D. 73. 1. 401 ; Paris, 28 janv. 1873, D. 73. 2. 65), et la Cour de cassation décide que les juges du fait apprécient souverainement si l'intention du testateur a été de gratifier personnellement le légataire apparent ou si celui-ci est une personne interposée (Cass., 10 nov. 1857, D. 58. 1. 79, S. 57. 1. 182 ; Cass., 12 mai 1873, D. 73. 1. 401, S. 74. 1. 114).

§ 2. — *Des conditions illicites, immorales ou impossibles.*

***3026. Règle exceptionnelle applicable aux libéralités.** — Dans tout acte juridique, on peut insérer une condition suspensive, et alors l'acte est subordonné à la réalisation de la condition ; si elle ne se réalise pas, l'acte ne produit aucun effet. Il en résulte que si la condition est *illicite, immorale* ou *impossible*, sa réalisation ne se produira pas ou restera inutile, et l'acte sera *non avenu*, aussi stérile que s'il n'avait pas été fait : la condition qui l'affecte l'entraîne avec lui dans sa chute.

Cette règle est appliquée par l'art. 1172 aux actes à titre onéreux, mais l'art. 900 l'écarte d'une manière formelle pour les donations et les testaments : la condition impossible, ou contraire aux lois ou aux mœurs, est *réputée non écrite*. Cela signifie qu'on efface entièrement la condition, mais la condition seule, et que la disposition vaudra comme si elle avait été faite *purement et simplement* : le donataire pourra donc en réclamer l'exécution sans prouver que la condition a été remplie.

Il existe ainsi, en apparence tout au moins, une antithèse absolue entre les libéralités et les actes onéreux, mais on verra plus loin (n° 3036) ce que la jurisprudence en a fait.

3027. Législation roumaine. — En Roumanie, la solution du Code français à été abandonnée ; on applique aux donations le système que notre art. 1172 établit pour les contrats onéreux, et la disposition entière est nulle (art. 1008 C. civ. roumain). Voyez les explications que donne M. Alexandresco, p. 138 et suiv.

3028. Observation. — La disposition de l'art. 900 s'applique à la fois aux *conditions* proprement dites, événements casuels qui suspendent le sort de la libéralité, et aux *charges*, obligations imposées par le disposant au donataire ou légataire.

A. — Origine de l'art. 900.

***3029. Innovation du droit intermédiaire.** — La disposition de

la loi actuelle est la reproduction d'une disposition votée en 1791 pour des motifs tout particuliers. On venait de bouleverser la constitution de la France, et on sentait partout l'hostilité des classes riches, atteintes dans leurs intérêts : on voulut assurer les maximes du droit nouveau en brisant les résistances qu'il rencontrait. Barrère disait : « Quelques citoyens, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appellent roturières ou qui pratiquent un autre culte religieux... La haine de la Révolution se cachera sous la forme de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs ; des mariages seront empêchés, les mœurs seront altérées... L'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi de la constitution commanderont encore dans le tombeau. » Voyez les conclusions de l'avocat général Ronjat, dans D. 84. 1. 156, S. 84. 1.305.

Une loi des 5-12 septembre 1791 déclara donc non écrites les conditions impératives ou prohibitives, qui seraient contraires aux lois et aux mœurs, comme portant atteinte à la liberté religieuse, ou au droit de se marier, ou au droit de se choisir un métier ou une profession, ou au droit d'exercer des fonctions publiques, etc. Sa disposition fut reproduite dans les lois du 5 brumaire an II (art. 1er) et du 17 nivôse an II (art. 12). On comptait par là rendre vaines toutes les clauses inspirées par l'esprit contre-révolutionnaire : si on avait appliqué le droit commun, le donataire ou légataire, qui aurait recueilli en fait la libéralité, se serait cru obligé d'obéir à la clause à lui imposée, afin de donner satisfaction à son bienfaiteur ou à sa famille et d'éviter une action en restitution dirigée contre lui. En déclarant la clause non écrite, on lui assurait en quelque sorte l'impunité ; il était autorisé à conserver la libéralité sans en remplir la condition.

***3030. Comparaison du Code civil et des lois antérieures.** — Le texte actuel est moins large que les lois de l'époque révolutionnaire, en ce qu'il vise uniquement les *donations* et les *testaments*. La loi de 1791 y ajoutait « les autres actes », ce qui pouvait comprendre des actes à titre onéreux, par lesquels on confère souvent à une personne de grands avantages. D'autre part, le Code est plus large en ce qu'il assimile les conditions *impossibles* aux conditions *illicites* ou *immorales*. Assimilation entièrement inutile, car il est évident que les conditions qui sont naturellement impossibles ne peuvent pas jouer le même rôle que celles qu'on avait voulu réprimer en 1791.

3031. Comparaison avec le droit romain. — Le droit romain a eu, lui aussi, une théorie spéciale aux conditions impossibles ; seulement il ne l'appliquait qu'aux *testaments*, et il l'avait admise, non pas contre les testateurs, mais par faveur pour eux. On attachait alors une grande importance à ne pas mourir intestat, et cet opinion fit admettre plus d'une solution favorable à la validité des testaments et à la liberté d'action

des testateurs. Une de ces solutions consistait justement à considérer comme *non écrites* les conditions impossibles insérées dans les legs ou dans les institutions d'héritier. Ce fut l'école sabinienne qui fit prévaloir cette règle, malgré la résistance des Proculiens, qui voulaient traiter les testaments comme les contrats, c'est-à-dire annuler l'acte entier quand la condition en était impossible. Cependant Gaius dit qu'il ne comprend pas bien quelle est la raison de cette distinction (III, 98).

On voit que la différence qui sépare notre système de la règle romaine est l'extension à la donation d'une règle qui anciennement n'était admise que pour les libéralités testamentaires[1].

B. — Tempéraments admis par la jurisprudence.

3032. Nécessité de ces tempéraments. — A mesure que le temps s'écoulait, la crainte d'un retour offensif des institutions de l'ancien régime devenait moins vive et les raisons qui avaient inspiré l'art. 900 perdaient peu à peu leur valeur. Il vint un moment où la nécessité d'en tempérer la rigueur, devenue inutile, apparut à tous les yeux. La jurisprudence s'est servie pour y arriver de deux moyens différents : elle a annulé l'acte entier, en lui appliquant tantôt le droit commun, tantôt la nullité pour cause illicite.

1° Application de l'art. 1172.

***3033. Règle spéciale aux donations onéreuses.** — Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, la donation avec charges peut *perdre son caractère gratuit* et se ramener à une véritable disposition à titre onéreux, lorsque les charges qui pèsent sur elle sont établies dans l'intérêt du disposant ou de ses ayants cause. On peut alors mettre de côté l'art. 900 pour appliquer à la disposition onéreuse l'art. 1172, ce qui entraîne son annulation complète si la condition en est impossible ou illicite. C'est ce qui a été décidé par quelques arrêts (Pau, 2 janv. 1827, D. 29. 2. 164 ; Orléans, 20 mars 1852, S. 53. 2. 13)[2]. Mais ce n'est pas là le procédé principal dont use la jurisprudence pour tempérer l'application de l'art. 900.

2° Application de la théorie de la cause.

****3034. Son emploi en 1863.** — Depuis longtemps on décidait, par application de l'art. 1131, que les libéralités qui avaient *une cause illicite* ne pouvaient avoir aucun effet. On n'appliqua d'abord cette règle qu'aux donations pures et simples, celles qui n'étaient subordonnées à aucune con-

[1] Il est tout à fait remarquable que le droit français arrive sur ce point juste aux solutions inverses de celle que donnait le droit romain : nous réputons non écrite la *condition* illicite ou impossible apposée à une donation et la donation reste valable ; nous annulons la donation dont la *cause* est illicite. Les anciens faisaient le contraire : « Hoc in donationibus definiendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio : si causa fuit, cessare repetitionem ; si condicio, repetitioni locum fore » (Ulpien, *Digeste*, liv. XXXIX, tit. 5, fr. 3). La donation était ainsi maintenue (cessat repetitio) quand le fait qui lui servait de cause était devenu impossible ; tandis que la répétition était ouverte au donateur si ce même fait avait joué le rôle d'une condition. Notons en outre que les Romains n'annulaient pas les donations dont la cause était contraire aux bonnes mœurs : « Neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae, ... inhonestae circa meretrices » (*Digeste, ibid.*, fr. 5).

[2] Comp. à ces décisions, Cass., 7 déc. 1885, D. 87. 1. 324, S. 88. 1. 10.

dition, ni grevées d'aucune charge. Subitement en 1863, à propos d'une donation accompagnée d'une condition illicite, la Cour de cassation déclare « qu'il est *constant* que la nullité de la condition entraîne la nullité de la donation lorsqu'il est reconnu que la condition illicite a été *la cause impulsive et déterminante de la libéralité* » (Cass., 3 juin 1863, D. 63. 1. 429, S. 64. 1.269). Bien d'autres arrêts ont depuis appliqué la même idée, que l'on peut actuellement considérer comme une règle de notre droit (Cass., 7 juillet 1868, D. 68. 1. 446, S. 68. 1. 435 ; Cass., 17 juillet 1883, D. 84. 1. 156, S. 84. 1. 305, avec une note de M. Labbé ; Cass., 28 juin 1887, D. 88. 1. 435, S. 89. 1. 99 ; Cass., 8 avril 1889, D. 90. 1. 205, S. 89. 1. 212). Voyez aussi les arrêts cités plus loin (n° 3045) à propos des écoles congréganistes [1].

3035. Origine de cette jurisprudence. — L'arrêt de 1863 présente sa solution comme *constante* et cependant il est le premier de la série ; on n'en trouve aucun avant lui qui ait fait usage de l'art. 1131 pour limiter l'application de l'art. 900. Il est vraisemblable que le magistrat qui l'a rédigé se référait à deux arrêts de 1860, qui devaient être encore présents aux souvenirs de la Cour et qui avaient annulé, comme ayant une cause illicite, des libéralités faites l'une à un concubin (Cass., 26 mars 1860, D. 60. 1. 255, S. 60. 1. 321), l'autre à un enfant naturel (Cass., 31 juill. 1860, D. 60. 1. 458, S. 60. 1. 833). Mais ces décisions s'appliquent à des libéralités non accompagnées de charges. Il y a donc eu, en 1863, une véritable innovation qui a transporté d'une catégorie de libéralités à une autre la nullité pour cause illicite, prononcée par l'art. 1131, de façon à faire de cet article un correctif de la disposition de l'art. 900.

****3036. Distinction servant de base à la jurisprudence.** — Toute la jurisprudence en cette matière repose sur cette idée : il est possible que la condition illicite ait été la *cause déterminante* de la libéralité ; il est possible qu'elle n'ait pas ce caractère. Le sort de la libéralité dépend de l'appréciation de ce point ; mais ce point lui-même dépend des circonstances de la cause ; c'est donc une *question de fait,* que les juges du fond décident souverainement ; leur appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation (Cass., 3 nov. 1886, D. 87. 1. 157, S. 87. 1. 241. — Comp. Cass., 23 juill. 1913, D. 1915. 1. 49 et la note de M. Mérignhac). — On a déjà vu (t. II, n° 1269) que la jurisprudence a établi ainsi, malgré la différence des art. 1172 et 900, une égalité absolue entre les conventions onéreuses et les libéralités, quand elles sont grevées de conditions illicites : quelle que soit la nature de la convention, onéreuse ou gratuite, son sort dépend d'une interprétation de volonté ; elle peut survivre à l'annulation de la condition illicite, ou tomber avec elle.

3037. Opinions doctrinales. — A l'époque où le système de la jurisprudence

[1] M. Labbé a dit (S. 89. 1. 145) que le système de la jurisprudence avait été implicitement confirmé par l'art. 17 de la loi du 30 octobre 1886, qui a ouvert une action aux donateurs pour faire révoquer les libéralités faites aux communes sous la condition d'entretenir des écoles congréganistes. Ce texte supposerait qu'une condition illicite n'est pas nécessairement réputée non écrite.

n'était pas encore établi, M. Demolombe avait proposé un autre moyen d'éviter les rigueurs inutiles de l'art. 900. Selon lui, cet article était fondé uniquement *sur l'intention présumée du donateur ou testateur* : la loi suppose que le disposant aurait biffé lui-même la condition illicite, s'il en avait connu la nullité, pour donner effet à sa disposition. On donnait ainsi à la disposition de la loi une valeur purement *interprétative* de volonté, ce qui permettait de l'écarter toutes les fois que le disposant avait manifesté l'intention de retirer sa libéralité si la condition n'en était pas remplie (t. XVIII, n° 205).

Cette opinion a été rejetée par la jurisprudence qui n'a jamais tenu aucun compte des volontés les plus formellement exprimées à cet égard : elle maintient la disposition principale alors même que le disposant aurait déclaré que la condition indiquée par lui était *de rigueur* et qu'il entendait subordonner à son accomplissement l'effet de sa libéralité. Ainsi jugé pour les testaments (Cass., 7 juill. 1868, D. 68. 1. 446, S. 68. 1. 435) et pour les donations (Cass., 17 juill. 1883, D. 84. 1. 156, S. 84. 1. 305).

La plupart des auteurs approuvent le système de la jurisprudence (Aubry et Rau, t. VII, § 692, note 6). M. Bartin le combat (*Conditions illicites*, p. 311 et suiv.), mais pour lui en substituer un autre qui s'en rapproche beaucoup par ses conséquences : la condition illicite devrait être considérée comme l'équivalent de la prestation gratuite, ce qui transformerait l'acte entier en convention à titre onéreux ; on lui applique alors la théorie commune sur la cause, et la prestation se trouve nulle comme ayant une *cause illicite* (*op. cit.*, p. 370 et suiv.).

C. — Principaux exemples de conditions illicites ou immorales [1]

1° Conditions relatives aux successions.

3038. Exemples divers. — Beaucoup d'arrêts ont eu l'occasion d'annuler des clauses insérées dans les donations et surtout dans les testaments pour empêcher des enfants ou d'autres parents d'exercer les droits qu'ils tiennent de la loi en leur qualité de réservataires [2] (Cass., 6 mai 1878, D. 80. 1. 345. Comp. Paris, 27 nov. 1877, D. 78. 2. 188). D'autres fois ces clauses ont d'autres objets ; voyez, par exemple, Cass., 27 mars 1855, D. 55. 1. 258, S. 55. 1. 702 ; Cass., 18 janv. 1858, D. 58. 1. 25.

Souvent aussi ces dispositions sont annulées, quand elles sont faites entre vifs, comme constituant des *pactes sur succession future*, par application des art. 791 et 1130 (Cass., 24 août 1841, S. 41. 1. 719 ; Cass., 11 déc. 1867, D. 67. 1. 471, S. 68. 1. 87).

3039. Théorie de l'option. — Sur une tendance de la jurisprudence à considérer les *peines* imposées aux héritiers qui tenteraient d'exercer leurs droits contrairement aux volontés du disposant comme ouvrant à ceux-ci une *option* entre les libéralités qui leur ont été faites et leurs droits légaux, voyez Grenoble, 7 janv. 1873, D. 73. 2. 109, S. 73. 2. 219. Voyez aussi la discussion de cette jurisprudence avec de nombreux arrêts plus anciens dans Bartin, p. 198-205. Comp. ci-dessus, n° 2747.

2° Condition de viduité.

3040. Principe admis en jurisprudence. — La condition de ne pas se remarier, ou *condition de viduité*, imposée assez souvent par une personne à son conjoint survivant, devrait être considérée comme illicite, car elle porte atteinte à une faculté naturelle, dont la loi doit protéger le libre exercice. En ce sens Laurent, t. XI, n° 501 ; Huc, t. VI, n° 60. Mais ce n'est pas ainsi que la traite la jurisprudence.

Les arrêts remarquent que la prohibition expresse, qui frappait cette clause dans les lois

[1] Il n'y a pas lieu de se préoccuper des conditions impossibles. On n'en trouve pas d'exemples dans la pratique.

[2] Si la disposition protégée par la clause pénale ne porte pas atteinte à la réserve, elle est valable (Cass., 11 juill. 1883, D. 83. 1. 444, S. 84. 1. 323).

du 5 brumaire an II (art. 1) et du 17 nivôse an II (art. 12), n'existe plus (L. 30 ventôse an XII, art. 7). La condition de viduité n'est donc plus *illicite* ; d'autre part, *elle n'est pas nécessairement immorale*, car elle peut être inspirée par des sentiments respectables. Tout dépend des circonstances et il appartient aux tribunaux d'en déterminer le caractère (Cass., 18 mars 1867, D. 67. 1. 332, S. 67. 1. 204).

C'est encore un des moyens par lesquels la Cour de cassation cherche à restreindre l'application de l'art. 900 : elle donne effet, le plus souvent possible, à la volonté du testateur. Lorsque la condition sera réputée licite, le donataire ou légataire devra s'y conformer ; s'il se remarie, il perdra la libéralité qu'il avait reçue (Poitiers, 21 janv. 1901, D. 1902. 2. 52 ; Cass., 11 nov. 1912, D. 1913. 1. 105, et la note de M. Ripert, P. et S. 1914. 1. 185). Pour deux cas où la condition a été considérée comme illicite, voyez Paris, 13 juill. 1911, S. 1912. 2. 56 ; Cass., 8 avril 1913, D. 1915. 1. 29.

3041. Applications. — On remarque même que la Cour de cassation se montre très exigeante pour considérer la clause comme immorale. Ainsi, la Cour de Caen avait réputé non écrite comme immorale la condition obligeant *une veuve de vingt ans* à garder un célibat perpétuel, sous peine de perdre une grande partie des biens que lui laissait son mari (Caen, 24 juill. 1894, D. 95. 2. 269, S. 95. 2. 279). Son arrêt a été cassé (Cass., 22 déc. 1896, D. 98. 1. 537, S. 97. 1. 397). L'arrêt déclare que la clause est licite en soi et qu'elle ne peut être annulée qu'autant que le mari, en l'imposant à sa femme, a été guidé « par une intention repréhensible » et c'est aux demandeurs en nullité à faire la preuve de cette intention.

Il a même été jugé que la condition de viduité peut être imposée *par un fils à sa mère* (Montpellier, 14 juill. 1858, D. 59. 2. 107, S. 59. 2. 305).

Enfin, la jurisprudence applique le même principe à la condition *de ne pas se marier*, imposée à une personne quelconque (Paris, 1er avril 1862, D. 62. 2. 77, S. 62. 2. 145). Ce dernier arrêt se justifie presque par les circonstances exceptionnelles de la cause : cependant, même dans des cas semblables, on ne voit pas bien quel intérêt supérieur il y a à empêcher un concubinage de se transformer en mariage légitime.

3° Condition d'inaliénabilité.

3042. Cas de validité. — La façon dont sont traitées en jurisprudence les clauses établissant l'inaliénabilité des biens donnés ou légués a déjà été expliquée à propos de la théorie de la propriété (t. I, nos 2343-2347) : la clause est nulle quand la prohibition est *perpétuelle* ; elle est valable quand elle est *temporaire* et qu'elle s'explique par quelque motif sérieux.

Jusqu'à présent, dans toutes les affaires qui ont été soumises aux tribunaux, la clause d'inaliénabilité portait sur des biens individuellement déterminés, comme faisant l'objet d'un don ou d'un legs. Serait-elle également valable si elle portait d'une façon abstraite sur la quotité disponible ? Un père ou une mère serait tenté de s'en servir comme d'un procédé plus simple que les substitutions permises, pour protéger son enfant contre ses habitudes de prodigalité. Mais en pareil cas la désignation individuelle des biens inaliénables devient impossible pour l'enfant ; aucun procédé pratique ne s'offre à lui pour compléter ce que le testament aurait alors d'incomplet ou d'imparfait. C'est au testateur lui-même qu'il appartient de désigner d'une façon précise les biens qu'il entend rendre inaliénables. Il semble même impossible qu'il puisse charger de ce soin un exécuteur testamentaire qui serait ainsi appelé à substituer sa volonté à celle du défunt. L'inaliénabilité ne semble donc pouvoir être tolérée qu'à la condition d'être établie sur des corps certains désignés par le disposant lui-même et comme charge de leur transmission.

3043 Prohibition d'hypothéquer. — Le même système s'applique à cette sorte de clauses. Ainsi un donateur peut défendre à son donataire d'hypothéquer sans son consentement les biens qu'il lui donne : la clause est valable, car elle est nécessairement temporaire, le propriétaire recouvrant sa liberté d'action à la mort du donateur. Cependant on l'interprète restrictivement : elle ne s'entend que des hypothèques convention-

nelles, et non des hypothèques légales ou judiciaires (Cass., 24 avril 1894, D. 95. 1. 91, S. 95. 1. 276). Sur la question de savoir par qui peut être demandée la nullité d'une hypothèque consentie en violation de la clause, voyez Cass., 27 nov. 1893, D. 94. 1. 566, S. 94. 1. 349.

3044. Capitalisation obligatoire des revenus. — On voit de plus en plus fréquemment des testateurs imposer à leurs légataires l'obligation de capitaliser les revenus des biens et valeurs légués pendant un temps plus ou moins long. La jurisprudence ne paraît pas disposée à valider ces combinaisons par lesquelles les testateurs cherchent à thésauriser au delà de la tombe et à placer leurs légataires dans une espèce d'état d'interdiction inconnu de la loi, ce qui réduit parfois à néant leur qualité de propriétaires (Alger, 20 janv. 1879, D. 79. 2. 143). Cependant un arrêt de Caen, du 15 nov. 1906, en a admis la validité (D. 1907. 2. 265, S. 1907. 2. 313), et le pourvoi a été rejeté (Cass., 6 mai 1908, P. et S. 1910. 1. 297). Comp. Cass., 10 nov. 1896, D. 99. 1. 209.

4° Conditions relatives aux écoles congréganistes.

3045. Historique de la question. — Un grand nombre de dons et de legs avaient été faits à des communes à la condition d'entretenir des écoles de filles ou de garçons dirigées par des sœurs ou frères, dont l'ordre était souvent déterminé par le fondateur lui-même. La Cour de cassation jugeait que cette clause était illicite (Cass., 20 nov. 1878, D. 79 1. 304, S. 79. 1. 413 ; Cass., 19 mars 1884, D. 84. 1. 281, S. 85. 1. 49, note de M. Labbé ; Cass., 3 nov. 1886, D. 87. 1. 157, S. 87. 1. 241), mais cette jurisprudence était fortement discutée (Bartin, *Conditions impossibles...*, p. 89) ; et dans la pratique beaucoup de libéralités, faites sous cette condition, avaient été acceptées avec l'autorisation du gouvernement et recevaient loyalement leur exécution.

En 1886, la situation a brusquement changé. La loi du 30 octobre 1886 (art. 17) a interdit aux communes d'entretenir ou de subventionner des écoles congréganistes. Il en résulta qu'aucune libéralité ne pouvait plus leur être faite sous cette condition, sans subir l'application de l'art. 900 : la condition aurait été réputée non écrite, sauf le cas où elle serait la cause impulsive de la libéralité.

Mais il fallait régler le sort des libéralités antérieures, et le législateur, troublé par les passions politiques, n'osa pas prendre sur lui de le faire ; il s'en remit aux tribunaux, et la jurisprudence a été un peu désorientée par la nouveauté de la question, car il s'agissait d'une condition qui, à l'époque où elle avait été établie, n'était pas illicite ; du moins de nombreuses Cours d'appel l'avaient reconnu, contrairement aux arrêts de cassation signalés plus haut. On ne pouvait donc pas la réputer non écrite. Certains arrêts ont traité la donation comme une *convention onéreuse* pour lui appliquer l'art. 1172 (Nancy, 22 janv. 1890, D. 91. 2. 113) ; d'autres ont parlé de *condition résolutoire expresse* (Chambéry, 8 juill. 1891, D. 92. 2. 137, S. 92. 2. 147) ; d'autres enfin ont recouru à la révocation pour inexécution des charges de l'art. 953 (Riom, 12 janv. 1891, D. 92. 2. 25 ; Cass., 10 déc. 1894, D. 95. 1. 329, S. 98. 1. 436), ce qui souffrait quelque difficulté (voyez les notes dans D. 91. 2. 113, 92. 2. 137, 95. 1. 329). Mais la solution qui prévalut, à cause de sa simplicité même, a été l'application pure et simple de l'art. 900 ; il est donc admis en jurisprudence qu'une condition doit être réputée non écrite quand, licite à son origine, elle devient illicite *par l'effet d'une loi postérieure* (Besançon, 21 févr. 1889, D. 90. 2. 95 ; Cass., 29 nov. 1892, D. 93. 1. 67 ; Cass., 15 avril 1893, D. 93. 1. 487 ; Cass., 29 janv. 1896, D. 96. 1. 573, S. 97. 1. 136 ; Cass., 19 oct. 1896, D. 97. 1. 604, S. 98. 1. 350 ; Cass., 13 déc. 1897, S. 98. 1. 436). — En fait, de nombreuses familles ont profité de la latitude que leur laissait le texte et les tribunaux ont fait droit à leurs réclamations. Mais la loi, par une disposition particulièrement rigoureuse, réduit leur action à une durée de deux années, à compter de la laïcisation de l'école.

Section IV. — De la réserve héréditaire.

3046. Bibliographie. — Vernet, *De la quotité disponible*, 1855. — Brocher, *Étude sur la légitime et les réserves*, 1868. — Boissonnade, *Histoire de la réserve*

héréditaire, Paris, 1873. — R. Cuenot, *Des droits de légitime et de réserve*, thèse, Paris, 1877. — Nicolesco, *Nature de la réserve légale*, thèse, Paris, 1888. — Ed. Lambert, *De l'exhérédation et des legs au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895. — Glasson, *L'autorité paternelle et le droit de succession des enfants*, *Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 209. — Cornulier-Lucinière, *Le droit de tester*, 1876, 7e édit., 1880. — G. Albert, *La liberté de tester*, Paris, 1895.

§ 1. —*Préliminaires.*

A. — Notion générale de la réserve.

****3047. Définition de la réserve.** — Une personne, quoique majeure et capable, n'est pas toujours libre de disposer de son bien à titre gratuit. La loi réduit le droit de disposition qui appartient au propriétaire, *toutes les fois que celui-ci a pour héritiers des parents en ligne directe*. En pareil cas, les dispositions à titre gratuit ne peuvent absorber qu'une partie de la fortune du disposant, et le surplus est *réservé* par la loi aux héritiers, descendants ou ascendants, qui, pour cette raison, sont appelés « héritiers réservataires ». La réserve est donc une part des biens d'une personne, qui est assurée par la loi à ses héritiers en ligne directe, et dont ceux-ci ne peuvent être dépouillés par des libéralités adressées à d'autres[1].

Étant donnée sa nature, qui doit rester franche de toutes les libéralités faites par le défunt, la réserve ne peut être frappée par l'hypothèque légale des légataires. Ainsi le légataire d'une rente viagère ne peut s'inscrire que sur les biens représentant la quotité disponible.

****3048. Quotité disponible.** — La fraction dont on peut disposer par donation ou testament, quand on a des héritiers en ligne directe, est dite *quotité disponible* ; elle est variable, selon la qualité et le nombre des héritiers réservataires. En fait, elle est au moins d'un quart, et au plus des trois quarts de la succession.

Quand il n'y a pas d'héritiers réservataires, il n'y a pas de *quotité* disponible, c'est la *succession entière* qui est disponible.

***3049. Motifs de la réserve.** — L'existence de la réserve s'appuie sur un double fondement : elle est la sanction d'un *devoir moral* ; elle répond à un *intérêt social*.

Raison morale. — Les personnes qui descendent les unes des autres sont liées entre elles par un devoir naturel, piété filiale d'un côté, affection paternelle ou maternelle, de l'autre... Ce lien du sang produit diverses obligations que la loi a sanctionnées : d'une part l'*obligation alimentaire*, de l'autre, la *réserve héréditaire* ; en vertu de la première, les parents en ligne directe doivent, de leur vivant, venir au secours les uns des autres ; en vertu de la seconde, ils doivent, en mourant, laisser une forte part de leurs biens à ceux qui survivent. Le droit naturel serait blessé, si un ascendant mourait après

[1] Existe-t-il une *indisponibilité réelle*, distincte de l'*incapacité d'aliéner* ? On l'a soutenu souvent. Voyez Bretonneau, *Des clauses d'inaliénabilité*, thèse, Paris, 1902. Mais l'indisponibilité n'est qu'une incapacité établie spécialement au profit des héritiers. Comp. t. I, nº 2340, en note.

avoir enrichi des tiers de sa fortune, sans rien laisser à ses enfants et descendants ; ou si un descendant oubliait ce qu'il doit à ses parents au point de leur enlever tous ses biens. — L'une de ces obligations n'est pas la conséquence de l'autre, car elles n'ont pas la même importance comme étendue ; en outre la créance d'aliments est attribuée à plus de personnes que la réserve ; mais toutes deux ont une source commune et dérivent d'une idée supérieure. Sur le lien qu'on a voulu à tort établir entre ces deux institutions, voyez Huc, *Le Code civil italien*, t. I, p. 200 et suiv.

Intérêt social. — La famille est l'élément premier de la société, le groupe qui sert de base aux autres, le plus naturel et le plus nécessaire de tous. Un État est une nation et une nation n'est qu'une agglomération de familles. L'État a donc un intérêt direct et considérable à la bonne organisation des familles, et par suite à leur *durée*, à leur *stabilité*. C'était ce que disait, dans son vieux langage, le chancelier de l'Hospital, déplorant « les donations immodérées, desquelles s'ensuit la désolation des bonnes familles, et conséquemment la diminution des forces de l'État » (préambule de l'édit des secondes noces ; ci-dessus, n° 1399). Bigot de Préameneu disait de même : « Il faut que la volonté ou le droit de quelques individus cède à la nécessité de maintenir l'ordre social, qui ne peut subsister, s'il y a incertitude dans la transmission d'une partie du patrimoine des père et mère à leurs enfants ; ce sont ces transmissions successives qui fixent principalement le rang et l'état des citoyens » (Fenet, t. XII, p. 244-245). Comp. Huc, *Le Code civil italien*, t. I, p. 199-211.

***3050. La liberté testamentaire et l'école de Le Play.** — Le système du Code civil a été vivement attaqué par Le Play. Pour lui, la division nécessaire de l'hérédité entre les enfants est un mal, parce qu'elle morcelle les héritages, en même temps que la certitude de n'être pas dépouillé enlève à l'héritier réservataire l'aiguillon de la nécessité qui le rendrait actif et laborieux. Voyez ses livres intitulés *La Réforme sociale*, et *Organisation du travail*.

Son système contient certainement une grande part d'utopie. Il espérait restaurer l'autorité paternelle en donnant au père le redoutable pouvoir de transmettre son patrimoine entier à un seul de ses enfants. Mais qui répondrait que les parents feront toujours un bon usage de ce pouvoir ? Ce n'est pas toujours au plus digne qu'irait leur faveur, souvent aveugle. On a vu des mères avantager celui de leurs enfants que le défaut d'intelligence ou de volonté rendait incapable d'initiative ou de suite dans les idées, quoique la fortune qu'elles lui transmettaient fût condamnée à dépérir rapidement entre ses mains. Ne serait-ce pas souvent le *mauvais sujet* de la famille, comme l'a fait remarquer Batbie, qui saurait obtenir des libéralités en sa faveur ? Et quel nom donner à celui des enfants qui serait assez peu scrupuleux pour prendre la part des autres dans les biens paternels ? Comp. Batbie, *Revue critique*, p. 140 et suiv. ; Boissonnade, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 536 et suiv. et dans le recueil de l'Académie de législation de Toulouse, t. XIV, p. 212. Pour que la liberté testamentaire donnât les résultats féconds qu'en attendait Le Play, il faudrait que chaque homme atteignît l'idéal parfait du père de famille éclairé et sûr de ses décisions[1]. Comp. Cauwès, t. III, n° 1036.

La liberté de tester servirait surtout à *faire un aîné*, expression employée encore au XIXe siècle dans le midi de la France, où l'on cherchait volontiers, malgré le Code civil, à se rapprocher de l'état du droit qui existait en matière successorale avant la Révolution. Avec ce procédé, les inconvénients qu'on attribue à la réserve héréditaire se reproduiront, mais aggravés, en la personne de l'héritier. Il est vrai, comme le disait par raillerie Johnson, que « le droit d'aînesse a l'avantage de ne faire qu'un sot par famille ». Mais le droit d'aînesse paraît définitivement condamné chez nous, et il n'est pas sûr qu'en Angleterre même il ait produit de bons résultats[2].

[1] Un homme, qui partageait les croyances religieuses et les idées sociales de M. Le Play, est arrivé sur cette question à des résultats diamétralement opposés. M. de Cornulier-Lucinière demandait l'abolition du testament (*Le droit de tester*, 1876).

[2] Voyez la défense du système anglais, par M. Guérin, dans la *Réforme sociale*, 1886.

3051. La faculté d'exhérédation. — Un autre système, qui a été quelquefois proposé, est celui de l'*exhérédation*. Le père aurait le droit de dépouiller complètement ses enfants quand il aurait contre eux de graves sujets de plainte. Ce système a été pratiqué dans notre ancien droit, où l'on suivait la novelle 115 qui déterminait 14 causes d'exhérédation ; et les ordonnances en avaient ajouté une quinzième (voyez Pothier, *Successions*, chap. ii, sect. 2, art. 4. Comp. Lambert, *L'exhérédation*, nos 237 à 329). Il a le grave inconvénient de provoquer des procès scandaleux, dans lesquels toutes les plaies cachées des familles sont mises au jour, quand les enfants attaquent le testament de leurs parents comme inofficieux. — Le seul remède acceptable serait peut-être une extension des causes légales d'indignité. Comp. ci-dessus, n° 1735.

3052. Les ventes à fonds perdus. — Du reste les gens qui veulent déshériter leurs héritiers à réserve, sans que ceux-ci aient aucune ressource, ont à leur disposition un moyen très simple : ils n'ont qu'à traiter avec une *compagnie d'assurance* en vendant *tous leurs biens moyennant une rente viagère*. Cette rente s'éteint avec eux, et leurs enfants ou ascendants ne recueillent pas un centime. J'en ai vu des exemples absolument scandaleux. Une protection légale serait ici nécessaire.

3053. Législations étrangères. — Systèmes voisins du notre. — La plupart des législations admettent comme la nôtre l'existence d'une réserve et n'en diffèrent guère que *par la quotité* qu'elles laissent à la disposition de chaque personne, et aussi quelquefois *par la liste des héritiers réservataires*. Ainsi, tandis que le Code néerlandais (art. 960 à 963) n'attribue de réserve qu'aux héritiers en ligne directe, comme le fait le Code français, le Code italien (art. 812 et suiv.) et le Code allemand (art. 2303) y ajoutent le conjoint auquel ils reconnaissent également une réserve.

En outre le Code allemand se distingue du nôtre, en ce qu'il supprime la réserve des ascendants autres que père et mère, parce que ces ascendants sont primés dans la succession par les frères et sœurs et leurs descendants, qui ne sont pas réservataires.

Les pays qui ont adopté une réserve plus étendue que celle du droit français sont rares (Suède, Danemark, Russie, quelques cantons suisses).

Système anglais. — En Angleterre, la réserve n'existe pas ; mais comme l'a fait remarquer M. Glasson, on n'y jouit pas pour cela de la liberté testamentaire : les biens s'y transmettent au moyen d'un système très compliqué de substitutions plutôt que par l'effet des testaments (*Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 223).

Système espagnol. — Le nouveau Code espagnol a adopté un système original. Le montant de la réserve des enfants est fixé d'une manière invariable aux deux tiers de la succession ; un seul tiers est disponible au profit des étrangers. En outre les parents peuvent disposer de l'un des deux tiers formant la réserve, pour le donner par préciput à un ou plusieurs de leurs enfants légitimes (art. 808). De la sorte aucun enfant ne peut être entièrement dépouillé ; et l'un d'eux ou quelques-uns peuvent être avantagés. Ce système a rallié certains suffrages en France ; on l'a trouvé très ingénieux. Avant de se prononcer, il faudrait voir les résultats qu'il donne : à l'égard des enfants non avantagés la réserve est en réalité d'un seul tiers ; s'ils sont au nombre de quatre ou cinq, que restera-t-il à chacun d'eux ? Un *douzième* ou un *quinzième* de la succession, ce qui est trop peu. Il faudrait que la réserve augmentât avec le nombre des enfants.

Le Code espagnol accorde, lui aussi, une réserve au conjoint survivant (art. 807-3°).

B. — Renseignements historiques.

***3054. Pays de droit écrit.** — On y avait conservé les règles romaines, relatives à la *légitime*. On sait que le droit romain avait d'abord admis d'une manière absolue la liberté de disposer à titre gratuit. Puis on trouva contraire aux sentiments naturels que les parents en ligne directe pussent s'exhéréder mutuellement et donner ou léguer tous

t. II, p. 662 et suiv. Mais voyez aussi ce qu'en pensait Le Play, dans son livre sur la *Réforme sociale*, chap. ii, § 21.

leurs biens à d'autres personnes. Pour empêcher cet abus de la liberté légale, on institua une action spéciale, la *querela inofficiosi testamenti*, qui faisait tomber le testament, comme si son auteur avait été privé de raison, « quasi non sanæ mentis fuisset ». Cette action était ouverte aux descendants, aux ascendants, et même, sous certaines conditions, aux frères et sœurs. La « querela » était écartée lorsque le testateur avait laissé à son héritier naturel le quart au moins de sa part ab intestat. Cette *quarte* était la légitime, *portio legibus debita*. Plus tard le chiffre de la légitime fut augmenté par Justinien au profit des descendants.

Si l'héritier avait reçu quelque chose, mais moins que sa légitime, on lui donnait seulement une *condictio ex lege*, simple action personnelle, pour obtenir le complément de sa légitime, tandis que la « querela », donnée à celui qui n'avait rien reçu, était une action réelle du même genre que la pétition d'hérédité et rentrait comme elle dans la compétence des centumvirs.

Ces deux actions avaient survécu dans nos pays de droit écrit. Les légitimaires avaient : 1° une *action en nullité de testament*, quand ils n'avaient absolument rien reçu, et cette action faisait tomber le testament et leur conférait la qualité d'héritiers ; 2° une *action en complément de légitime*, quand ils avaient reçu une libéralité insuffisante, et cette action laissait subsister le testament et ne leur donnait pas la qualité d'héritiers. C'est à propos de cette dernière action qu'on disait que la légitime était *pars bonorum*, et non pas *pars hereditatis* : on n'avait pas besoin de se porter héritier pour l'avoir (Julien, *Statuts de Provence*, Prescription, sect. 1, n° 35 ; *Éléments de jurisprudence*, liv. II, tit. xi, n° 18 ; Furgole, *Testaments*, chap. viii).

En outre dans certaines régions du Midi, à Bordeaux notamment, on avait organisé à côté de la légitime, une autre institution analogue, la *réserve*, d'origine purement française, universellement admise dans les pays de coutume (Jarriand, *Nouvelle Revue historique*, 1890, t. XIV, p. 400-401).

* **3055. Pays de coutume.** — Les pays de coutume possédaient à la fois la *réserve* et la *légitime*.

Réserve coutumière. — La réserve est une institution très ancienne et dont les origines sont mal connues. Peut-être se rattache-t-elle à l'idée confuse, mais profonde, d'une copropriété de la famille. Les Germains ne connaissaient pas le testament ; ils empruntèrent les formes du testament romain, mais non la liberté de tester romaine. Du reste la théorie de la réserve paraît s'être développée lentement au moyen âge ; dans Beaumanoir encore, elle n'est pas bien fixée et le juge garde une certaine latitude. Sous sa forme définitive, la réserve présente les quatre caractères suivants :

1° Elle est *accordée à tous les parents*, même collatéraux.

2° Elle ne les protège que *contre les dispositions testamentaires* et le défunt a pu les dépouiller par des donations entre vifs.

3° Elle ne porte que sur les *propres*, biens que le défunt lui-même avait reçus par successions, et non sur les acquêts et les meubles. Sa quotité est des quatre cinquièmes. Aussi l'appelle-t-on la « réserve des quatre quints des propres ».

4° Pour y avoir droit, *il faut se porter héritier*. Ceux qui renoncent à la succession, ou qui en sont exclus pour une cause quelconque, n'y ont aucun droit : n'étant point héritiers, ils ne sont point réservataires. La réserve est donc *pars hereditatis*, et non *pars bonorum*.

Il est facile de voir que la réserve coutumière différait profondément par son origine de la légitime romaine : celle-ci avait été établie sur une idée morale, le devoir entre parents en ligne directe ; le droit coutumier avait plutôt suivi une raison politique, la conservation des biens dans les familles.

Légitime. — Pour compléter leur système, les pays de coutume avaient emprunté au droit romain l'idée de la légitime, mais en la transformant. Les changements portaient sur plusieurs points ; voici les deux principaux : 1° la légitime des pays de coutume n'était accordée qu'aux enfants et descendants ; 2° elle était considérée comme une quote-part de la succession, à laquelle ils n'avaient droit qu'à la condition de se porter héritiers ; comme

la réserve, elle était *pars hereditatis*. Toutefois on admettait que l'enfant qui avait reçu sa légitime par donation ou par legs pouvait la garder en renonçant, et la conserver *par voie d'exception*. C'était seulement quand il voulait la réclamer *par voie d'action*, qu'il lui fallait accepter l'hérédité.

La légitime protégeait l'enfant contre toutes les libéralités entre vifs aussi bien que testamentaires, et sa quotité était fixée généralement à la moitié de ce que l'enfant aurait reçu ab intestat, sans distinction entre les diverses espèces de biens (*Cout. de Paris*, art. 298). Mais la légitime n'était que *subsidiaire à la réserve* : l'enfant ne pouvait attaquer, comme légitimaire, les donations et les legs qui avaient des acquêts ou des meubles pour objet qu'autant que sa réserve des quatre quints, préalablement exercée par lui sur les propres, ne lui avait pas fourni la valeur de sa légitime.

Le droit coutumier, comme le droit écrit, permettait au père d'exhéréder son enfant pour des causes déterminées. Voyez ci-dessus, n° 3051.

3056. Période intermédiaire. — Sous la Révolution on voulait autant que possible morceler la fortune, détruire les grands patrimoines et en empêcher la reconstitution. La loi du 17 nivôse an II, art. 16, réduisit à peu près à rien le droit de disposer à titre gratuit, afin que les particuliers ne pussent éviter le partage de leurs biens au moyen de libéralités préciputaires ; une personne ne pouvait disposer que du *dixième* de ses biens, quand elle avait des héritiers en ligne directe, et du *sixième*, quand elle n'avait que des collatéraux. Et encore cette quotité disponible si faible ne pouvait pas être donnée à l'un des héritiers. Cette loi funeste produisit de tels effets qu'il fallut bientôt l'abandonner ; elle fut abrogée le 4 germinal an VIII, après avoir amoncelé inutilement bien des ruines. La limitation du droit de disposer et l'extension énorme des réserves avaient eu pour motif une idée purement politique, le désir de morceler les fortunes. Comp. ci-dessus, n° 1795.

***3057. Code civil.** — Les auteurs du Code ont inauguré un système nouveau. La réserve qu'ils ont établie est une fusion de la réserve et de la légitime : comme la légitime romaine, la réserve actuelle est *refusée aux collatéraux* et accordée à tous les parents en ligne directe ; comme elle encore, elle garantit l'héritier *contre les donations aussi bien que contre les legs*. Mais elle ressemble à la réserve en ce qu'elle est *une part de la succession* et qu'il faut se porter héritier pour l'avoir. De plus, la distinction des propres et des acquêts ayant disparu, la réserve se calcule nécessairement sur l'ensemble des biens. La quotité disponible peut être donnée à l'un des enfants (art. 919, al. 1).

§ 2. — *Détermination et attribution de la réserve.*

1. — Réserve des descendants légitimes.

****3058. Descendants réservataires.** — *Tous les descendants légitimes*, fussent-ils au troisième ou au quatrième degré, ont une réserve (art. 913). — Il faut assimiler aux enfants légitimes les *enfants légitimés*, qui sont de tout point dans la même situation.

Quant à l'*enfant adoptif*, il a les droits d'un enfant légitime *sur la succession de l'adoptant* ; il a donc comme lui une réserve. Mais il n'a aucun droit sur les successions des parents de l'adoptant. — En outre, les *enfants de l'adopté* succèdent à l'adoptant d'après la jurisprudence (ci-dessus, n° 1810) ; ils ont donc, par rapport à lui, tous les droits des *petits-enfants légitimes*.

L'adopté aura-t-il le droit de faire réduire les donations faites par l'adop-

tant avant l'adoption ? Ne serait-ce pas donner un effet rétroactif à l'adoption contre des droits antérieurement acquis à des tiers ? Le doute n'est pas sérieux. L'assimilation établie par le Code, quant au droit de succession, entre l'enfant légitime et l'enfant adoptif, est absolue. Or la possibilité de faire réduire les libéralités même antérieures en date résulte certainement de la naissance d'un enfant légitime, ou de la légitimation d'un enfant naturel. Ceux-ci peuvent exercer, s'il y a lieu, l'action en réduction contre les donations faites avant leur naissance ou leur légitimation ; on ne doit donc pas hésiter à reconnaître le même droit à l'enfant adoptif contre les donataires antérieurs à l'adoption.

****3059. Quotité de la réserve.** — Pour la fixation des quotités respectives du disponible et de la réserve, le Code civil a employé un système imité de celui qu'avait introduit la loi du 4 germinal an VIII, qui avait supprimé la loi de nivôse. Ce système consiste à décider que la quotité disponible doit *varier selon le nombre des enfants,* et qu'elle est, en principe, *égale à une part d'enfant.* Mais, en même temps, pour empêcher des variations excessives, on fixe une *limite* au delà de laquelle ce principe doit cesser de s'appliquer et où la quotité disponible devient *invariable,* quel que soit le nombre des enfants.

C'est dans la fixation de cette limite que le Code et la loi de germinal se séparent. La loi de germinal, voisine encore des rigueurs de la loi de nivôse, partait de l'idée que la quotité disponible ne doit jamais être considérable ; elle avait donc choisi comme limite *le quart de la succession,* chiffre que la quotité disponible ne devait jamais dépasser. Ainsi, quand il n'y avait qu'un ou deux enfants, la quotité disponible cessait d'être une part d'enfant, ce qui l'aurait fait croître jusqu'au tiers ou jusqu'à la moitié de la succession ; elle restait fixée au quart. — Le Code civil a pris le contrepied de ce système : partant de l'idée que le chiffre du disponible doit toujours représenter une partie importante de la fortune, *il a fait un minimum de ce chiffre du quart qui était un maximum d'après la loi de germinal* : actuellement la quotité disponible n'est jamais inférieure au quart de la succession, même quand il y a plus de trois enfants, et quelque grand que soit leur nombre ; et elle dépasse ce chiffre quand il n'y a qu'un ou deux enfants (art. 913). Comparez en note, dans les *Codes Tripier,* le texte de la loi de germinal. Ce dernier avait l'inconvénient de réduire à trop peu de chose la quotité disponible dans les familles nombreuses.

La quotité disponible est donc de *moitié de la succession,* quand il n'y a qu'un enfant ; elle est du *tiers,* s'il y en a deux ; du *quart,* s'il y en a trois (art. 913). Au-dessus de ce nombre, la quotité disponible reste toujours du quart ; elle devient alors *invariable.*

Par suite la réserve de chaque enfant sera de *moitié* de la succession.

quand il n'y en aura qu'un ; d'un *tiers,* quand il y en aura deux ; d'un *quart,* quand il y en aura trois ; de *trois seizièmes,* quand il y en aura quatre ; de *trois vingtièmes,* quand ils seront cinq ; d'un *huitième* (trois vingt-quatrièmes), quand il y en aura six ; de *trois vingt-huitièmes,* quand il y en aura sept, etc.

En Italie la réserve des enfants est fixée d'une manière invariable à la moitié de la succession, quel que soit leur nombre (art. 805 C. civ. ital.). En Allemagne, la réserve est, pour chaque enfant, la moitié de sa part légale (art. 2303) ; son chiffre total varie donc avec le nombre des enfants.

3060. Enfants incapables de succéder. — Pour le calcul de la réserve, les enfants incapables de succéder ne comptent pas : c'est comme s'ils étaient déjà morts. Cette observation n'a plus d'application pratique aujourd'hui ; elle en avait, avant 1854, pour les enfants frappés de mort civile, et avant 1819, pour l'enfant devenu étranger, à cause de l'art. 726. — Actuellement on écarte de même l'enfant *en état d'absence*, car sa vie est incertaine. Voyez ci-dessus, n° 1720.

***3061. Enfants renonçants ou indignes.** — Faut-il compter ceux qui sont vivants et capables, mais qui renoncent à la succession ou qui en sont exclus comme indignes ? La question est la même pour ces deux catégories, mais elle ne se présente guère en fait que pour le cas de renonciation[1]. Elle a été très longtemps débattue.

Jurisprudence. — La Cour de cassation admet, et elle l'a toujours admis, que *l'enfant renonçant doit être compté pour le calcul de la réserve,* bien qu'il n'y prenne aucune part. Les arrêts sont très nombreux. Le plus ancien est le fameux arrêt *Laroque de Mons,* du 18 février 1818 (D. 5. 429, S. 18. 1. 98), qui a joué un grand rôle dans plusieurs controverses. Quand un autre arrêt célèbre, l'arrêt *Lavialle* (27 nov. 1863, D. 64. 1. 5, S. 63. 1. 513) eut condamné la doctrine dite *duc umul* (ci-dessous, n°s 3079 et suiv.), on espéra que la jurisprudence changerait relativement au calcul de la réserve ; il n'en fut rien, et en 1865-1866, toute une série d'arrêts de Cours d'appel vint maintenir la solution antérieure (Paris, 11 mai 1865 ; Dijon, 20 nov. 1865 ; Pau, 21 déc. 1865 ; Grenoble, 16 avril 1866 ; Paris, 24 août 1866), et la Chambre civile cassa ceux qui se prononcèrent en sens contraire (Cass., 13 août 1866, D. 66. 1. 467, S. 66. 1. 383) ; elle ne s'est pas démentie depuis (Cass., 21 juill. 1869, D. 74. 5. 377, S. 70. 1. 432).

Son argument est que l'art. 913 règle la réserve d'après le nombre des *enfants* que le défunt *laisse,* sans ajouter « comme héritiers » ; on ne doit donc pas rechercher s'ils acceptent ou non ; tous doivent être comptés. L'esprit général de la loi est en ce sens, car l'art. 786 dit que la part du renonçant *accroît à ses cohéritiers* ; pour que ceux-ci puissent en profiter, il faut que le renonçant fasse nombre et contribue par sa présence à grossir la

[1] Un seul arrêt a eu à résoudre la question pour le cas d'indignité ; il lui a appliqué la même solution qu'au cas de renonciation (Douai, 25 juin 1891, D. 92. 2. 80, S. 92. 2 257).

réserve. Enfin cette solution est avantageuse en pratique parce que la réserve est fixée d'une façon certaine par le nombre des enfants et ne dépend pas du parti qu'ils prennent.

Doctrine. — A part quelques auteurs, qui approuvent la jurisprudence (Aubry et Rau, t. VII, § 681, note 5), la plupart la combattent encore. Voyez notamment Demolombe, t. XIX, n° 99. Il y avait en effet plusieurs bonnes raisons pour décider qu'il ne fallait pas tenir compte des renonçants et des indignes.

1° L'art. 785 dit que l'enfant qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Il ne reçoit rien de la réserve ; il est donc contradictoire de le considérer comme étant un des successeurs du disposant pour réduire la quotité disponible, alors qu'on le traite comme n'existant pas quand il s'agit de partager la réserve.

2° C'est interpréter d'une manière fausse les mots « enfants qu'il laisse » dans l'art. 913. Il est sous-entendu que ces enfants sont les héritiers du défunt. L'art. 922 en précise le sens en disant que la quotité dont la défunt a pu disposer se calcule « eu égard à la qualité des *héritiers* qu'il laisse ».

3° Enfin on aboutit à des résultats choquants ; s'il y a trois enfants, dont deux renonçants ou indignes, le troisième a pour lui tout seul une réserve des trois quarts : il a plus, ayant deux frères, qu'il n'aurait étant seul.

Quelques rares arrêts ont statué dans le sens de la doctrine (Rennes, 10 août 1863, D. 64. 2. 236, S. 63. 2. 209 ; Pau, 26 mai 1865, D. 66. 2. 67, S. 66. 2. 220). Le premier a été cassé (Cass., 13 août 1866, D. 66. 1. 467, S. 66. 1. 383). — On ne peut plus espérer un revirement de la jurisprudence ; il faudrait une réforme législative.

***3062. Réserve des petits-enfants.** — L'al. 3 de l'art. 913, qui formait l'art. 914 jusqu'en 1896, porte que les petits-enfants venant à la succession ne comptent que pour la tête de l'enfant prédécédé qu'ils représentent. Cela ne fait pas de difficulté, quand ils viennent réellement *par représentation du défunt* : la réserve sera calculée comme si le représenté avait survécu. Mais s'ils viennent *de leur chef*, parce que leur père a renoncé ou est indigne, on a soutenu qu'ils devaient avoir non pas seulement la réserve de leur père, mais une réserve calculée comme s'ils étaient enfants du premier degré, parce que le texte est fait seulement pour le cas où ils « représentent » leur père ; on en tirait un argument a contrario. — Cette opinion a été condamnée. Le mot « représenter » n'a pas ici son sens technique ; il signifie simplement *à la place de qui ils succèdent*. Ainsi trois enfants nés d'un fils unique, renonçant ou indigne, n'auront droit à eux tous qu'à une réserve de moitié, comme l'aurait eue leur père, et non à une réserve des trois quarts. Autrement il dépendrait de l'héritier du premier degré, qui a plusieurs enfants, d'augmenter à sa volonté la réserve en renonçant au profit de ceux-ci (Rouen, 12 févr. 1887, D. 89. 2. 181, S. 88. 2. 42).

B. — Réserve des ascendants légitimes.

***3063. Ascendants réservataires.** — Les ascendants *légitimes, à tous les degrés*[1], ont une réserve (art. 914 nouveau ; 915 ancien). Il faut

[1] En Roumanie, les ascendants, autres que père et mère, n'ont pas de réserve ; ils n'ont droit qu'à des aliments (art. 187 C. civ. roumain).

comprendre sous ce nom les père et mère qui ont légitimé leur enfant; mais non le *père adoptif* (ou la mère adoptive): celui-ci n'a qu'un *droit de retour* sur les biens qu'il avait donnés a l'adoptant, et un droit fragile qui s'évanouit devant les libéralités faites par le défunt; il ne lui *succède pas* comme héritier ordinaire.

* **3064. Quotité de la réserve.** — La réserve des ascendants est fixée d'une manière invariable *à un quart de la succession pour chaque ligne,* quel que soit le nombre des ascendants qui représentent cette ligne (art. 914). La quotité disponible est donc de moitié seulement, quand il y a des ascendants dans les deux lignes, et des trois quarts, quand il n'y en a que dans une seule.

Cette manière de fixer la réserve des ascendants entraîne une conséquence remarquable : c'est que la réserve des père et mère est, dans un cas particulier, *précisément égale à leur part héréditaire,* au lieu que, pour tous les autres réservataires, la réserve n'est jamais qu'une portion de la part ab intestat. Ceci arrive lorsque les père et mère sont en concours avec des frères et sœurs ou descendants de frères ou de sœurs ; ils ont chacun un quart de la succession ; c'est le montant même de la réserve. — En toute autre hypothèse, la réserve d'un quart accordée aux père et mère est la moitié de leur part, puisque chacun d'eux prend une moitié de la succession, celle qui est déférée à sa ligne.

* **3065. Concours des ascendants avec des collatéraux.** — Il arrive assez souvent que les ascendants concourent avec des collatéraux; les ascendants ont une réserve, les collatéraux n'en ont pas. Or il peut se faire que les libéralités, *sans dépasser la quotité disponible,* ne laissent pas assez de biens dans la succession ab intestat pour que l'ascendant y trouve encore sa réserve au complet, après avoir partagé avec les collatéraux. Ainsi soit un ascendant dans l'une des lignes, un collatéral dans l'autre; la succession est de 40 000 francs; la réserve de l'ascendant est de 10 000 francs (un quart). Les libéralités se montent à 25 000 francs. Elles ne dépassent pas le chiffre du disponible; elle ne sont donc pas réductibles; mais quand l'ascendant aura partagé avec le collatéral les 15 000 francs qui restent, il n'aura que 7 500 francs. Il faudra donc faire subir au collatéral un retranchement de 2 500 francs pour parfaire la réserve de l'ascendant. Tel est le sens de la disposition finale de l'art. 914 : « Ils [les ascendants] auront seuls droit à cette réserve dans les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité à laquelle elle est fixée ».

* **3066. Concours des ascendants avec des enfants naturels.** — La réserve des ascendants, qui est normalement d'un *quart* pour chaque ligne, se trouve réduite lorsqu'il y a un ou plusieurs enfants naturels; elle est alors fixée, d'une façon invariable, au *huitième* de la succession, quel que soit le nombre des ascendants qui viennent à la succession (art. 915 nouveau, texte de 1896). S'il y a des ascendants dans les deux lignes, la réserve de chaque ligne se trouve réduite à *un seizième*; elle est donc quatre

fois moins forte que d'ordinaire, et, s'il y a deux ascendants au même degré dans l'une des lignes, chacun d'eux n'obtient comme réserve que la *trente-deuxième* partie de la succession, soit un peu plus de 3000 francs sur 100000 francs d'actif. C'est peu.

***3097. Ascendants primés par des frères ou sœurs.** — Les ascendants n'ont droit à leur réserve qu'autant qu'ils sont appelés à la succession ab intestat. Or les ascendants autres que le père et la mère sont primés par les frères et sœurs qui n'ont pas de réserve. Il est donc possible que la succession entière soit enlevée aux frères et sœurs par des libéralités, par exemple par un legs universel. Tant que les frères et sœurs ne renoncent pas à la succession, les ascendants n'y sont pas appelés; l'institution même d'un légataire universel ne les dépouille pas de leur qualité d'héritiers ab intestat, et c'est à eux que la succession reviendrait si le legs universel devenait caduc, ou s'il était révoqué ou annulé. En pareil cas, le seul fait qu'il existe des frères ou sœurs *non renonçants* empêche les ascendants d'avoir une réserve (Cass., 22 mars 1869, D. 69. 1. 431, S. 70. 1. 9).

Mais si les frères ou sœurs *renoncent tous,* le droit héréditaire des ascendants s'ouvre, et en même temps leur droit à la réserve (Cass., 11 mai 1840, D. 40. 1. 196, S. 40. 1. 680; Cass., 24 févr. 1863, D. 63. 1. 121, S. 63. 1. 191; Cass., 3 févr. 1897, D. 97. 1. 601, S. 97. 1. 137)[1]. Cette jurisprudence est exacte: la qualité de *réservataire* dépend de la qualité de *successible,* et celle-ci naît pour les héritiers du second degré par la renonciation ou l'indignité de ceux qui les précèdent. D'autre part, cette renonciation étant *rétroactive,* d'après l'art. 785, les choses doivent se passer comme si les ascendants avaient été appelés à succéder dès le jour du décès[2]. Comp. AUBRY et RAU, t. VII, § 680, note 10.

On a fait une objection. Le frère se trouve placé entre deux personnes qui ont intérêt, l'une à ce qu'il accepte, l'autre à ce qu'il renonce; il peut donc ouvrir en quelque sorte des enchères et se faire payer pour prendre parti. En elle-même cette situation n'aurait rien d'anormal et de choquant: tous les jours il arrive qu'une personne ait à prendre une détermination qui peut nuire ou profiter à d'autres; elle n'a à prendre conseil que de son intérêt personnel, et par conséquent les tiers qui auraient à souffrir de sa décision dans

[1] La question a été longtemps très discutée. MM. Aubry et Rau pensaient que la renonciation des frères et sœurs était sans effet sur la réserve des ascendants, parce que la réserve est fixée par la loi eu égard à la qualité des parents que *laisse* le défunt (t. VII, § 680, note 10); ils se conformaient en cela au principe admis par la jurisprudence, qui veut que l'enfant renonçant soit néanmoins compté pour le calcul de la réserve (ci-dessus, n° 3061). M. Demolombe a soutenu au contraire le système qui a prévalu (t. XIX, n°s 116 et 122).

[2] On signale toujours comme contradictoires les deux solutions que donne la jurisprudence sur la question étudiée au texte et sur le calcul de la réserve des enfants, quand il y a un renonçant ou un indigne parmi eux (ci-dessus, n° 3061). Cette contradiction n'est pas irréductible: le principe est la rétroactivité des renonciations; mais à cette règle générale l'art. 913 apporte une exception, si on l'entend comme le fait la jurisprudence, en fixant une réserve globale pour les enfants. Il y a *opposition* comme entre une règle et ses exceptions; il n'y a pas *incompatibilité.* Comp. la note dans D. 97. 1. 601-1°.

un sens peuvent s'entendre avec elle pour la décider à prendre un autre parti. On ne peut pas dire qu'un arrangement de ce genre soit *frauduleux* : il peut être *nuisible* à d'autres ; il n'est pas contraire au *droit* de ceux qui en souffrent. Comp. la note dans D. 97. 1. 601-2°. — Toutefois nous avons en droit français un texte dont il faut tenir compte : l'art. 708 *in fine* décide que le successible qui se fait *payer* par autrui pour renoncer doit être considéré comme *acceptant* (sur ce texte voyez ci-dessus, n° 1996). Il en résulte que le légataire universel écartera l'action en réduction de l'ascendant, s'il réussit à prouver que le collatéral n'a renoncé en sa faveur que moyennant un prix.

***3068. Absence de réserve pour l'ascendant donateur.** — Un ascendant peut se présenter à la succession de son descendant pour y exercer le droit de *retour* ou de *succession anomale* que lui donne l'art. 747 sur les biens qu'il avait donnés au défunt. En cette qualité, il n'a aucun droit de réserve ; c'est certainement une lacune de la loi moderne[1] ; mais la réserve n'existe qu'au profit des parents auxquels la loi la donne et aucun texte ne l'a fait pour l'ascendant donateur. Bien mieux, l'art. 747 la lui refuse implicitement, car son droit ne s'ouvre que si les biens donnés par lui se retrouvent *en nature* dans la succession ; s'ils ont été donnés ou légués, ils ne sont plus dans la succession.

***3069. Absence de réserve pour les parents naturels.** — Longtemps on a soutenu qu'il fallait leur en reconnaître une et il y a eu quelques arrêts en ce sens, mais la jurisprudence a fini par se fixer en sens contraire (arrêt des Chambres réunies, 12 déc. 1865, D. 65. 1. 457, S. 66. 1. 73 ; Bourges, 19 déc. 1871, S. 71. 2. 198 ; Douai, 29 févr. 1912, D. 1914. 2. 182, P. et S. 1912. 2. 216). En effet, l'art. 914, qui accorde une réserve aux ascendants, n'est écrit que pour les parents légitimes, qu'il suppose être à des degrés divers et pouvant concourir avec des collatéraux. En l'absence d'un texte spécial, on ne peut attribuer une réserve à un héritier en se fondant uniquement sur la réciprocité habituelle des droits de succession, car ce n'est pas un principe absolu ; ainsi l'adoptant ne succède pas à l'adopté, quoique celui-ci lui succède à lui-même. De plus on ne saurait à quel chiffre fixer cette réserve, et il serait impossible de donner aux parents naturels une réserve égale à celle des parents légitimes. Les père et mère naturels peuvent donc être écartés entièrement de la succession de leur enfant, bien que celui-ci ait par rapport à eux la qualité de réservataire. Comp. Aubry et Rau, t. VII, § 680, note 4.

C. — Réserve des enfants naturels.

***3070. Jurisprudence antérieure à 1896.** — Très débattue dans

[1] *En droit écrit* l'ascendant donateur avait plus et mieux qu'une réserve : il reprenait son bien en vertu d'une *condition résolutoire*, qui faisait évanouir les aliénations à titre gratuit aussi bien que les aliénations à titre onéreux. *En droit coutumier*, c'était un cas de *succession aux propres*, qui donnait droit à la réserve des quatre quints, comme toutes les autres successions de ce genre.

la doctrine, la question de savoir si l'enfant naturel a une réserve avait été de bonne heure résolue affirmativement par la jurisprudence (Cass., 28 juin 1809, D. 12. 326. S. 9. 1. 337, S. chr. 3. 1. 77). Le Code ne le disait pas d'une manière expresse, mais il le laissait entendre. L'art. 757 donnait à l'enfant naturel une portion du droit qu'il aurait eu, s'il eût été légitime; c'était un droit de succession de même nature, mais seulement moindre dans sa quotité; il comportait donc une réserve. On tirait aussi argument de la disposition de l'art. 761 qui ne permettait pas au père de dépouiller complètement son enfant. La question n'était plus discutée, au moins quant au principe (Cass., 12 juin 1866, D. 66. 1. 319).

****3071. Loi du 25 mars 1896.** — La loi du 25 mars 1896, qui a augmenté les droits successoraux de l'enfant naturel, a en même temps jugé utile de régler expressément sa réserve; elle a dans ce but inséré un alinéa nouveau dans l'art 913 (al. 2) et un article entier, l'art. 915 nouveau. Aux termes de ce texte la réserve de l'enfant naturel est *une quotité de celle qu'il aurait eue, s'il eût été légitime,* et cette quotité se détermine *à l'aide de la même proportion qui sert à fixer sa part ab intestat.* Toutefois l'art. 915 contient une disposition spéciale pour le cas où l'enfant naturel concourt avec des ascendants (voyez n° 3074).

3072. Application du principe de proportionnalité. — La réserve de l'enfant naturel varie donc selon la qualité et parfois aussi selon le nombre des héritiers légitimes qui concourent avec lui.

Concours avec des descendants légitimes. — La part de l'enfant naturel étant alors réduite de moitié (art. 758), sa réserve sera de même la moitié de celle qu'il prendrait s'il était légitime. Quand il n'y a qu'un enfant légitime, la réserve de l'enfant naturel sera du *sixième* de la succession, car s'il était légitime elle serait du tiers; s'il y a deux enfants légitimes, elle sera d'un *huitième*, car, si les trois enfants du défunt étaient légitimes, chacun d'eux aurait pour réserve un quart de la succession; s'il y en a trois, elle sera de *trois trente-deuxièmes* (la moitié de trois seizièmes), et ainsi de suite.

S'il y a plusieurs enfants naturels, on les considérera tous comme légitimes provisoirement, pour calculer ce que serait leur réserve dans cette hypothèse : puis on accordera à chacun d'eux la moitié des parts ainsi déterminées : les portions qu'on retranche aux uns ne doivent pas profiter aux autres. Comp. ci-dessus, n° 1832-2°. Ainsi deux enfants naturels, concourant avec un enfant légitime, auront chacun une réserve d'un huitième de la succession, car elle serait du quart, s'ils étaient tous deux légitimes.

Concours avec des collatéraux privilégiés. — S'il était légitime, l'enfant nature aurait pour réserve la moitié de la succession; la loi lui donne les trois quarts de cette réserve, c'est-à-dire les *trois huitièmes de la succession* (art. 759). Quand il y a deux enfants naturels, leur réserve, qui serait d'un tiers pour chacun s'ils étaient légitimes, sera de *trois douzièmes* pour chacun (les trois quarts d'un tiers). Quand il y en a trois, la réserve de chacun sera de 3 *seizièmes* de la succession; quand il y en a quatre, elle sera de 9 *soixante-quatrièmes*, et ainsi de suite.

Concours avec des collatéraux ordinaires. — En pareil cas, les droits de l'enfant naturel sont *égaux à ceux de l'enfant légitime,* car il prend toute la succession (art. 760); sa réserve sera donc la même que s'il était légitime, c'est-à-dire la moitié de la succession, s'il est seul; les deux tiers, s'ils sont deux; les trois quarts, s'ils sont trois ou davantage.

3073. Sur quoi se prend la réserve de l'enfant naturel. — En principe cette réserve se prend *sur l'ensemble de la succession*, et par suite le concours d'un enfant naturel réduit à la fois la part des réservataires légitimes et la quotité disponible attribuée aux légataires. Ainsi quand il y a un enfant légitime en présence d'un légataire universel, la réserve et la quotité disponible seraient de moitié chacune, si l'enfant était seul ; la présence d'un second enfant légitime ferait perdre un sixième au premier enfant légitime et un sixième au légataire universel, chacun des participants devant avoir un tiers en cette hypothèse. Il se trouve que le second enfant est naturel, sa réserve n'est que d'un sixième de la succession, il enlèvera donc un douzième seulement à l'enfant légitime et un autre douzième au légataire universel.

Toutefois, dès qu'il y a trois enfants légitimes, la quotité disponible devient invariable : la présence d'un réservataire de plus ne la diminue pas. La réserve de l'enfant naturel se prélèvera donc uniquement sur les trois quarts indisponibles attribués aux enfants ; le légataire universel n'en souffrira pas.

***3074. Règle spéciale au cas de concours avec des ascendants.** — Quand l'enfant naturel concourt avec des ascendants, l'art. 759 actuel lui donne les trois quarts de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime, c'est-à-dire les trois quarts de la succession entière, car l'enfant légitime prime les ascendants. Si l'on eût appliqué la même proportion à sa réserve, il aurait eu les trois quarts de la réserve d'un enfant légitime. De l'autre côté, les ascendants ont leur réserve particulière : un quart pour chaque ligne (art. 914). En supposant que le défunt laisse des ascendants dans les deux lignes et trois enfants naturels, le total des réserves se trouvait dépasser le total de la succession. On ne pouvait donc appliquer à cette hypothèse le principe de proportionnalité écrit dans l'art. 913, al. 2, et pour faire une place à la quotité disponible sans sacrifier la réserve des enfants naturels, il fallait réduire la réserve des ascendants.

Voici sur quelle base on a déterminé les droits de chacun : on a pensé que le concours d'ascendants et d'enfants naturels, qui forment deux classes distinctes d'héritiers réservataires, *équivalait pour les légataires et donataires à la présence d'enfants légitimes*, et dans cette idée on a fixé la quotité disponible *d'une manière variable selon le nombre des enfants naturels*, exactement comme si ces enfants étaient légitimes : elle est de moitié quand il n'y en a qu'un ; du tiers quand il y en a deux ; du quart quand il y en a trois (art. 915). C'est le même tarif que celui de l'art. 913, seulement cette réserve se partage entre un plus grand nombre de personnes par la présence d'un ou de plusieurs ascendants.

Sur la part ainsi réservée, les ascendants, qu'il y en ait un seul, ou trois, ou quatre, ne prélèvent jamais qu'*une part invariable*, qui est *d'un huitième* de la succession totale, la moitié de leur part ab intestat, et ils se partagent cette quote-part dans la proportion de leurs droits héréditaires. Le surplus de la réserve est distribué aux enfants naturels par parts égales [1].

D. — Refus d'une réserve aux collatéraux.

***3075. Motifs du droit actuel.** — Le droit romain accordait la *querela*, au moins dans certains cas, aux frères et sœurs du défunt ; le droit coutumier faisait profiter de la réserve tous les collatéraux. Lors de la rédac-

[1] Voici l'application du système établi par l'art. 915. 1° UN SEUL ENFANT NATUREL : la quotité disponible est de *moitié* ; la réserve des ascendants, quel que soit leur nombre, d'*un huitième* : il reste donc *trois huitièmes*, pour la réserve de l'enfant naturel ; — 2° DEUX ENFANTS NATURELS : quotité disponible, *un tiers* ; réserve des ascendants, *un huitième* ; il reste *treize vingt-quatrièmes*, réserve des enfants naturels, à partager par moitié entre eux ; — 3° TROIS ENFANTS NATURELS : quotité disponible, *un quart* ; réserve des ascendants, *un huitième*, il reste *cinq huitièmes* pour la réserve des enfants naturels, à partager par tiers, soit *cinq vingt-quatrièmes* pour chacun d'eux. Il serait difficile de rêver un système plus compliqué.

tion du Code on proposa d'accorder une réserve tout au moins aux frères et sœurs ; ce fut rejeté sur la demande du Tribunat (FENET, t. XII, p. 319-327 et 444-446). Le lien de parenté n'a pas paru assez fort ; les parents collatéraux, même au degré le plus proche, ne tiennent pas la vie l'un de l'autre. L'absence de réserve pour les frères et sœurs est la règle générale dans les législations modernes. Toute la succession est alors disponible (art. 916).

3076. Effet d'une pratique administrative. — Quand des libéralités sont faites à des établissements publics ou privés, l'administration, qui est appelée à en autoriser l'acceptation, reçoit les plaintes des parents qui se voient dépouillés au profit de communes ou d'établissements peut-être déjà riches, alors qu'eux-mêmes sont plus ou moins misérables. On tient grand compte de leur intérêt, et quand leurs réclamations ne décident pas le gouvernement à refuser son autorisation, elles amènent souvent une *réduction de la libéralité* : la commune ou l'établissement gratifié n'est autorisé à l'accepter qu'en partie[1]. Ce système aboutit en fait à rendre *indisponible au profit des établissements publics* une part de la succession, et cette part est ainsi *réservée* à des collatéraux, auxquels la loi ne reconnaît pas la qualité de réservataires. Il existe donc à côté de la réserve véritable, établie par le Code civil, une sorte de *réserve administrative*, arbitraire et imparfaite, mais très efficace néanmoins. Celle-ci n'est plus absolue comme l'autre ; elle dépend de la qualité du légataire ou donataire ; elle est relative. Comp. la note dans D. 93. 1. 217. La portion du legs devenue caduque tombe dans la succession ab intestat et est dévolue selon les règles du droit commun (Cass., 6 nov. 1878, S. 79. 1. 33).

Le droit de limiter l'effet d'un legs au moyen d'une *autorisation partielle* est d'ordre public, et le testateur ne peut l'entraver par aucune clause ni condition (Nancy, 17 nov. 1888, D. 90. 2. 23, S. 90. 2. 156). Voyez cependant Cass., 1er mars 1893, D. 93. 1. 217, S. 93. 1. 177.

Du reste l'acceptation partielle ne modifie pas la nature du legs. Ainsi quand ce legs était universel, il ne devient pas, quoique réduit, un legs à titre universel, et l'établissement légataire conserve la saisine (Amiens, 8 mars 1860, D. 60. 2. 209, S. 60. 2. 161). Voyez aussi Cass., 23 févr. 1886, D. 86. 1. 242, S. 88. 1. 471 ; Cass. belge, 8 déc. 1898, D. 1900. 3. 355.

§ 3. — *Nature de la réserve.*

A. — Le principe et ses conséquences.

****3077. Comment la loi a procédé.** — La réserve est *une partie de la succession ab intestat.* Dans les art. 913 et suiv. la loi ne détermine pas la réserve pour l'attribuer à tel ou tel parent ; elle se contente de fixer la quotité disponible. Elle fait deux parts du patrimoine du défunt : l'une qui est disponible et qu'il a pu donner ou léguer à qui il a voulu ; l'autre qui est frappée d'indisponibilité. A qui appartiendra cette portion indisponible et

[1] Toutefois, depuis quelques années, afin de ménager les finances de plus en plus obérées de l'État et des communes, le conseil d'État se montre plus rigoureux quand il s'agit de *libéralités charitables* ; il rejette toutes les réclamations des parents et n'accorde que de simples *secours* à ceux qui lui paraissent réellement en avoir besoin.

comment sera-t-elle acquise aux descendants et ascendants ? Ces articles n'ont pas pour but de nous le dire ; ils règlent le droit des donataires et légataires, plutôt que celui des parents[1] ; pour ceux-ci la loi laisse dans la succession ab intestat la part qui leur est réservée, et leur titre pour recueillir cette part se trouve dans les art. 745, 746 et 758 à 760. Comp. Aubry et Rau, t. VII, § 679, note 1.

***3078. Conséquences.** — Il résulte de là que la réserve est, comme on disait autrefois, *pars hereditatis* et non *pars bonorum*. En d'autres termes, *pour prendre part à la réserve, il faut se porter héritier*. Cela signifie deux choses :

1° Le réservataire qui renonce à la succession ne peut pas réclamer sa réserve par *voie d'action* ;

2° Il ne peut pas non plus, quand il en est nanti au moyen d'un don ou d'un legs, la retenir *par voie d'exception*, c'est-à-dire conserver son don ou réclamer son legs jusqu'à concurrence à la fois de la quotité disponible et de sa part de réserve réunies.

Le premier point n'a jamais fait de doute sérieux ; il n'y a guère que Troplong qui ait soutenu que le réservataire renonçant pouvait réclamer sa réserve en exerçant une action contre les donataires ou légataires (Troplong, t. II, n° 914 et suiv.). Les observations présentées ci-dessus sur la nature de la réserve me dispensent de réfuter cette opinion qui est entièrement abandonnée.

Il n'en est pas de même du second point, qui a été longtemps et passionnément discuté sous le nom de *question du cumul*.

B. — La question du cumul.

****3079. Position de la question.** — Une personne a 120 000 francs de fortune et six enfants ; la quotité disponible est de 30 000 francs et la part de réserve pour chaque enfant de 15 000 francs. Cette personne meurt, après avoir fait à l'un de ses enfants une libéralité de 45 000 francs, soumise au rapport[2]. L'enfant donataire ou légataire renonce pour s'en tenir à son don ou à son legs. Peut-il le conserver seulement jusqu'à concurrence de la quotité disponible, soit pour 30 000 francs, ou peut-il retenir en même

[1] Les art. 914 et 915 déterminent bien comment se partagera la réserve entre les divers groupes de réservataires : un quart aux ascendants de chaque ligne, quand il y a des ascendants dans les deux lignes et pas d'enfants : un huitième aux ascendants, quand ils sont en concours avec des enfants naturels. Mais ce n'est pas là une *attribution* de la réserve ; la loi ne dit pas à qui et sous quelles conditions cette réserve appartient.

[2] Si la libéralité était préciputaire, l'enfant accepterait vraisemblablement la succession, ce qui lui permettrait de prendre sa part de réserve, tout en prélevant la quotité disponible à son profit. Ceci fait qu'aujourd'hui la question ne peut plus se présenter que pour les *dons* faits *en avancement d'hoirie*, puisque les legs sont de plein droit dispensés du rapport (L. 24 mars 1898).

temps sa part de réserve, ce qui lui permettra de le garder jusqu'à concurrence de 45 000 francs, c'est-à-dire en totalité avec les chiffres pris pour exemple ?

Telle est la fameuse question du cumul qui est restée dans l'incertitude pendant un demi-siècle et sur laquelle la Cour de cassation a changé deux fois d'avis.

****3080. Système du cumul.** — Pour soutenir que l'enfant donataire pouvait retenir cumulativement, par voie d'exception, sa part de réserve et la quotité disponible, on invoquait trois arguments :

1° L'*autorité traditionnelle*, celle de l'ancien droit écrit en matière de légitime, celle du droit coutumier lui-même, qui suivait cette règle pour la légitime : « Au cas où celui auquel on auroit donné voudroit s'en tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres » (art. 307, *Coutume de Paris*) ; il résultait de là que le renonçant pouvait garder sa part de légitime.

2° Il y a *deux quotités disponibles*, l'une au profit des étrangers, l'autre au profit des successibles eux-mêmes : cette dernière comprend, outre la quotité disponible déterminée par la loi, la part du gratifié dans la réserve.

3° Les autres réservataires n'ont pas à se plaindre, car *ils ont leur part de réserve intacte*. Ils n'ont donc aucune action contre le renonçant. S'ils en avaient une, il faudrait dire que la part de réserve du renonçant est transformée en une réserve pour les autres : comme on le compte pour le calcul de la réserve, *il ferait nombre contre lui-même*, et diminuerait par sa présence la quotité disponible dont il pourrait profiter.

****3081. Système du non-cumul.** — Il y a en sa faveur un argument si topique qu'il dispense de tous les autres. La réserve est une portion de biens indisponible, qui reste purement et simplement *dans la succession ab intestat*. Elle ne peut donc appartenir qu'à ceux qui sont *héritiers*. Or le successible qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Il devient *étranger à la succession* et doit être traité comme une personne étrangère, qui ne peut avoir droit à aucune part de la réserve. Il ne peut donc conserver son don que jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 845).

Quant à dire qu'il y a deux disponibles, c'est jouer sur les mots : on ne peut pas dire que le défunt *donne* à son héritier ce dont il ne pouvait pas le dépouiller ; *c'est la loi* qui le lui donne, et elle lui donne en sa qualité d'héritier.

L'autorité historique est à tort invoquée par le système contraire : on donnait pour la réserve des quatre quints des propres la solution que nous donnons dans la réserve moderne (Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd. au tit. XVI, n° 53). Les deux solutions existaient donc à la fois pour deux ins-

titutions que le Code a fondues en une seule ; l'argument tiré de l'ancien droit se détruit de lui-même. Comp. AUBRY et RAU, *t.* VII, § 682, note 3 Voyez aussi les longs développements donnés par M. DEMOLOMBE, t. XIX, nos 47 à 69 *ter*, p. 55-147.

3082. Vicissitudes de la jurisprudence. — PREMIÈRE PÉRIODE. — En 1818, la Chambre civile avait rejeté le système du cumul par l'*arrêt Laroque de Mons* (18 févr. 1818, D. 5. 429, S. 18. 1. 98, S. chr. 5. 1. 422). Cet arrêt avait été unanimement approuvé par la doctrine ; mais la jurisprudence n'était pas encore bien fixée ; certaines Cours, Paris, Bordeaux, Montpellier, Toulouse, admettaient le cumul de la réserve et de la quotité disponible. Voyez les tables générales du *Sirey*, vo Avancement d'hoirie, nos 1 et suiv.

DEUXIÈME PÉRIODE (1843-1863). — En 1843, un arrêt de la Chambre civile (*arrêt Leproust*, du 17 mai, D. 43. 1. 289, S. 43. 1. 689) consacra le système du cumul [1]. La jurisprudence fut dès lors divisée : la plupart des Cours d'appel refusaient de suivre la Cour de cassation, et leurs arrêts étaient cassés.

TROISIÈME PÉRIODE. — Au bout de vingt ans de luttes, un arrêt des Chambres réunies (*arrêt Lavialle*, 27 nov. 1863, D. 64. 1. 5, S. 63. 1. 513) rétablit la solution de 1818. La question est depuis lors considérée comme vidée (Cass., 10 nov. 1880, D. 81. 1. 81, S. 81. 1. 97) [2].

§ 4. — *Des opérations préalables à la réduction.*

****3083. Objet des opérations.** — Quand il existe un ou plusieurs réservataires, et que le défunt a fait des libéralités, on doit se demander s'il y a lieu à réduction, c'est-à-dire si les réservataires sont bien *remplis de leur réserve*. Il y a des cas où cela n'est pas douteux, quand la quotité disponible est considérable et que les libéralités sont minimes. Mais dans bien des cas le doute pourra naître, et quand même il serait certain que les libéralités dépassent la quotité disponible, il faudra toujours *déterminer dans quelle mesure la réserve est entamée*, et quelle quotité devra être retranchée aux donataires ou légataires pour la compléter.

Deux opérations sont nécessaires pour déterminer ce point : 1° la *formation de la masse des biens*, sur laquelle devra se prendre la réserve dont la quotité est fixée par la loi ; 2° l'*imputation* des diverses libéralités qui se fait pour les unes sur la réserve, pour les autres sur la quotité disponible.

[1] La Cour de cassation fut amenée à abandonner sa solution de 1818, par suite d'une confusion entre la *question du cumul* et la *question de l'imputation*. Cette dernière consiste à savoir si une libéralité non dispensée du rapport doit être imputée sur la quotité disponible ou sur la réserve. La Cour avait admis en 1829 et en 1834, par les deux arrêts *Mourgues* et *Castille*, que ces libéralités doivent s'imputer sur la réserve, parce qu'elles sont des *avancements d'hoirie*, et qu'on n'impute sur la quotité disponible que les libéralités faites par préciput. Cette imputation sur la réserve a été le point de départ de la jurisprudence favorable au cumul qui triompha en 1843. Sur la question de l'imputation, voyez ci-dessous, nos 3096 et suiv.

[2] En Roumanie, la question du cumul a reçu la même solution qu'en France (Cass. roumaine, Bulletin, 1876, p. 499 ; 1891, p. 315. — ALEXANDRESCO, p. 203, note 1).

Ces opérations sont *préalables à la réduction* ; c'est seulement quand elles auront été faites que l'action en réduction pourra être exercée, parce que c'est seulement alors qu'on saura si les libéralités sont *réductibles* et dans quelle mesure elles le sont.

D. — Formation de la masse.

****3084. But et importance de l'opération.** — Cette opération a pour but de reconstituer le patrimoine du défunt, tel qu'il aurait été composé à sa mort, s'il n'avait pas fait de libéralités. Elle est réglée par l'art. 922, disposition fort importante par son objet et par ses applications pratiques.

Cette composition de la masse est une opération complexe, qui en comprend quatre autres : 1° la formation de la masse des biens *existant au jour du décès* ; 2° la recherche des biens *donnés entre vifs* ; 3° l'*estimation* des uns et des autres ; 4° la *déduction des dettes*.

1° Masse des biens existant au décès.

****3085. Biens à comprendre dans la masse.** — Parmi les biens existant au jour du décès, on comprend tous ceux dont le défunt est resté propriétaire jusqu'à sa mort, *alors même qu'il en aurait disposé par donation de biens à venir ou par testament.*

Il est impossible, et il serait inutile, de signaler ici toutes les diverses sortes de biens qui peuvent se rencontrer : il faut tenir compte de tous ceux qui ont une valeur appréciable en argent. Remarquons seulement qu'on devra compter les *créances* qui existaient au profit du défunt contre ses héritiers, et qui se sont *éteintes par confusion* : la confusion est un bénéfice pour l'héritier qui se trouve libéré et enrichi d'autant ; la créance est donc une valeur active qui faisait partie de la succession et que l'héritier a recueillie.

3086. Biens à exclure. — Il y a un certain nombre de biens dont le défunt est resté propriétaire jusqu'au dernier jour et qu'on ne devra pas comprendre dans la masse pour des raisons diverses.

1° Droits viagers. — Si le défunt avait un usufruit ou une rente viagère, son droit s'est éteint avec sa vie ; il ne se trouve pas dans sa succession ; ses héritiers n'en retirent rien.

2° Biens faisant l'objet d'un droit de retour conventionnel. — Il en serait de même si le défunt avait une propriété résoluble comme grevée d'un *droit de retour* au profit du donateur (art. 951). Par l'effet du retour conventionnel, les biens qui avaient été donnés au défunt sont réputés ne lui avoir jamais appartenu et n'être jamais sortis du patrimoine du donateur : celui-ci les reprend *ex jure antiquo*, c'est-à-dire en vertu du titre primitif qui l'avait rendu lui-même propriétaire avant qu'il ne les donnât. *Ils ne font donc pas partie de la succession*, et ne doivent pas être comptés pour le calcul de la réserve. Il en résulte qu'un enfant, doté par ses parents avec clause de retour, et qui meurt peu de temps après son mariage, sans avoir eu le temps de se constituer une fortune personnelle, *ne laisse pas de succession*, ou tout au moins sa succession ne comprend que ses effets personnels et les petites économies qu'il a pu faire : en reprenant les biens qu'ils lui avaient donnés, ses parents ne lui « succèdent » pas. Comp. Planiol, note au *Dalloz*, sous Poitiers, 22 févr. 1904, D. 1905. 2. 97.

On doit assimiler aux biens repris en vertu d'un droit de retour ceux qui font l'objet des

différentes *successions anomales* admises par le Code (art. 351-352, 747, 766), et appelées parfois *droit de retour légal* ; mais la raison qui empêche d'en tenir compte pour le calcul de la réserve est différente : elle se trouve dans la séparation établie par la loi entre deux successions indépendantes l'une de l'autre (la succession ordinaire et la succession anomale) et pour l'une desquelles seulement la loi a institué une réserve. Voyez ci-dessus, nos 1909 et 1920.

3° Droits sans valeur. — Il faut aussi négliger tout ce qui n'a pas de valeur réelle et notamment les créances devenues irrecouvrables par l'insolvabilité du débiteur. Quant à celles dont le recouvrement est simplement douteux, on devra en estimer la valeur vénale et ne point les comprendre dans la masse pour leur valeur nominale. De même, les créances conditionnelles n'ont aucune valeur actuelle ; on n'est pas sûr encore que le défunt soit créancier ; c'est seulement plus tard, si la condition se réalise, que le montant de la masse augmentera.

4° Fruits postérieurs au décès. — Doivent seuls figurer dans la masse les fruits civils qui étaient déjà *échus* et les fruits naturels déjà *perçus* au jour du décès. Ceux qui on été recueillis depuis n'ont jamais appartenu au défunt (Cass., 29 avril 1897, D. 97. 1. 409).

5° Capitaux des assurances sur la vie. — Le capital d'une assurance contractée par le défunt au profit d'un tiers ne figure pas dans la succession ; il n'a jamais appartenu au défunt et n'entre pas en compte pour le calcul de la réserve (Cass., 29 juin 1896, D. 97. 1. 73, S. 96. 1. 361 ; Amiens, 18 mai 1897, D. 98. 2. 369). Comp. Wahl, dans la *Revue trimestrielle*, 1902, p. 28 et suiv. — Voyez cependant Cass., 27 janv. 1902, D. 1904. 1. 374, qui comprend dans la masse, pour le calcul de la quotité disponible, le montant d'une assurance sur la vie transmise à un tiers dans le but de réaliser une libéralité.

2° Recherche des biens donnés entre vifs.

***3087. Caractère fictif de leur réunion à la masse.** — Aux biens existants il faut réunir les biens donnés entre vifs[1] par le défunt, pour reconstituer son patrimoine tel qu'il serait s'il n'avait pas fait de libéralités, et former ainsi la masse totale sur laquelle on doit calculer la quotité disponible.

Cette réunion n'est que *fictive* (art. 922) ; elle se fait sur le papier, pour fixer un chiffre ; il n'y aura de réunion réelle que si les biens donnés excèdent déjà à eux seuls la quotité disponible, et ce sera seulement pour la portion excessive qui se trouvera atteinte par la réduction.

Conséquence. — Il est permis même aux *légataires* ou aux *donataires* de demander cette réunion fictive à la masse des biens donnés entre vifs, quoique l'art. 857 leur interdise d'en demander le rapport. Ce n'est pas d'un *rapport* qu'il s'agit, mais d'une simple opération de calcul (Cass., 29 janv. 1890, D. 91. 1. 437, S. 90. 1. 335).

***3088. Généralité de la règle.** — Beaucoup d'auteurs prétendent que les donations faites sur les revenus échappent à la réduction, parce que

[1] Il n'y a pas à tenir compte des aliénations *à titre onéreux*, parce que ces aliénations qui se font *moyennant un équivalent*, modifient la composition du patrimoine, et ne l'épuisent pas comme les libéralités. Accidentellement elles peuvent le diminuer par l'effet de mauvaises spéculations : mais il y a autant de chances pour qu'elles l'augmentent.

le défunt, qui pouvait les dépenser, ne s'est pas appauvri en les donnant. Mais la jurisprudence n'est pas de cet avis, et une donation prise sur les revenus peut parfaitement être réduite (Caen, 26 janv. 1880, D. 82. 2. 49 ; Cass., 11 janv. 1882, D. 82. 1. 313, S. 82. 1. 129). Il n'y a donc à échapper à la réduction que les menues libéralités, telles que les *cadeaux* et les *charités*, qu'on peut considérer comme des dépenses plutôt que comme des dons.

Hors celles-là, aucune donation n'échappe à la réduction. Il n'y a pas de distinction à faire selon la forme dans laquelle la libéralité a été faite : donation *déguisée*[1], libéralité *indirecte* contenue dans un contrat à titre onéreux[2], *don manuel*, etc. Il faut aussi y comprendre les biens ayant fait l'objet d'un *partage d'ascendant* opéré entre vifs.

Il n'y a pas à distinguer non plus *selon l'objet* de la libéralité, qui peut être mobilier ou immobilier, modique ou considérable ; ni *selon la personne gratifiée*, qui peut être un étranger ou l'un des successibles, et dans ce dernier cas, on n'a pas à se préoccuper de savoir s'il a été ou non dispensé du rapport, ou s'il a accepté ou répudié la succession.

3089. Disposition de l'art. 918. — Dans cet ordre d'idées, nous rencontrons une disposition exceptionnelle de la loi, l'art. 918, qui *assimile aux donations certaines aliénations faites à titre onéreux* par le défunt.

A. — ALIÉNATIONS VISÉES PAR LA LOI. — L'art. 918 énumère :

1° Les *aliénations à fonds perdu*. Ce sont celles qui sont faites moyennant l'acquisition d'un *bien viager* ; elles ont pour type la *vente à rente viagère*. On dit que l'aliénation se fait « à fonds perdu », non pas parce que le bien aliéné cesse définitivement d'appartenir à l'aliénateur, car c'est l'effet normal de toute aliénation, mais parce que *le capital* que ce bien représente n'est pas remplacé dans le patrimoine de l'aliénateur *par une autre valeur en capital*, mais seulement par un *revenu*, tel qu'une rente viagère ou un usufruit : c'est surtout pour les héritiers qu'il y a perte, car ils ne succéderont pas à ce bien viager, à l'aide duquel le défunt avait obtenu une augmentation momentanée de son revenu annuel.

2° Les *aliénations à rente viagère*. Ce n'est qu'un cas particulier d'aliénation à fonds perdu, le plus usuel et le plus connu. L'art. 918 les présente à tort comme une opération distincte. Le texte de la loi de nivôse était mieux rédigé : il parlait de « *donations* à charge de rente viagère » et de « *ventes* à fonds perdu ».

3° Les *aliénations avec réserve d'usufruit*, c'est-à-dire les aliénations portant seulement sur la nue propriété, quand l'aliénateur se réserve, sa vie durant, la jouissance du bien vendu. Par la nature même de sa disposition, l'art. 918 suppose que l'acte auquel il s'applique a été fait *à titre onéreux*, au moins en apparence ; il est inapplicable au cas où il y aurait donation pure et simple de la nue propriété. En ce sens, Cass, 24 août 1874, D. 75. 1. 129, S. 77. 1. 343[3]. La doctrine se prononce pourtant en sens contraire.

[1] Un héritier réservataire est toujours admis à prouver qu'une vente faite par le défunt est *simulée* et cache une libéralité par laquelle on a voulu le priver en partie de sa réserve. Il est recevable à faire cette preuve par tous moyens, *même par présomptions* (Pau, 8 févr. 1892, D. 93. 2. 214).

[2] Ainsi jugé pour les *avantages matrimoniaux* faits à un conjoint (Cass., 15 janv. 1872, D. 72. 1. 102, S. 72. 1. 35) ; pour l'attribution à un tiers du bénéfice d'une assurance en cas de décès (Cass., 10 nov. 1874, D. 75. 1. 248).

[3] L'intérêt de la question est que, si on écarte l'art. 918, la donation faite avec réserve d'usufruit ne sera pas présumée dispensée du rapport ; et en effet il n'y a aucune raison pour qu'on présume cette dispense à son sujet.

Voyez aussi Cass. belge, 1er juill. 1864, *Pasicrisie belge*, 1864, 1. 373 ; Trib. Liége, 28 juill. 1887, *ibid.*, 88. 3. 36.

Pour les aliénations qui remplissent en partie seulement les conditions de la loi, il y a lieu de scinder l'opération pour appliquer la présomption de l'art. 918 uniquement aux biens qui ont été cédés de la façon prévue par le texte (Cass., 6 juin 1866, D. 66. 1. 445, S. 66. 1. 298 ; Angers, 13 août 1879, D. 80. 2. 137).

B. — Présomption de déguisement. — Lorsqu'une aliénation de ce genre a été faite au profit d'un *héritier en ligne directe*, la loi présume que l'acte est au fond *une donation*, bien qu'il se présente comme étant à titre onéreux. L'art. 918 contient donc une *présomption légale* portant sur le déguisement d'une libéralité.

Pourquoi cette présomption ? C'est un emprunt fait à la loi du 17 nivôse an II. Cette loi réduisait à fort peu de chose la quotité disponible ; de plus, elle défendait de donner cette quotité à l'un des successibles. On avait dû prévoir que les particuliers chercheraient à éluder une disposition aussi sévère en faisant parvenir, à celui de leurs héritiers qu'ils voulaient gratifier, le montant de leur libéralité sous la forme d'une convention onéreuse. Cela était surtout facile au moyen des aliénations à fonds perdu ou des ventes avec réserve d'usufruit. Voilà pourquoi l'art. 26 de la loi de nivôse *annulait* ces conventions (en note dans les *Codes Tripier*, sous l'art. 918). — Le Code civil ne pouvait pas maintenir cette *nullité*, puisqu'il permet de donner par préciput la quotité disponible à l'un des héritiers. Il n'a cependant pas abandonné complètement la présomption de fraude et de déguisement établie par la loi de nivôse, parce que ces sortes d'actes sont particulièrement dangereux pour les autres réservataires : ils cachent souvent des libéralités qui resteraient occultes et échapperaient au rapport et à la réduction, sans la présomption de la loi : seulement l'effet de la présomption a changé ; l'acte n'est pas nul, la loi se borne à en *transformer la nature* ; au lieu de valoir sous la forme que lui avaient attribuée les parties et comme acte à titre onéreux, il vaut *comme donation* et, ajoutons tout de suite, comme donation *préciputaire*.

C. — Conditions d'application. — Dans quel cas cette présomption sera-t-elle applicable ? Il faut deux conditions, dont l'une tient à la *nature du contrat*, l'autre à la *qualité des parties*.

1° La loi ne prévoit que les aliénations à fonds perdu et les aliénations avec réserve d'usufruit. Aucun autre contrat ne peut être assimilé à ceux-là. Ainsi l'aliénation moyennant une rente perpétuelle sera considérée comme sincère ; le fonds du bien aliéné n'est pas « perdu » ; il est *remplacé* par une autre valeur perpétuelle. Ainsi encore l'art. 918, qui parle d'une réserve d'*usufruit*, ne pourrait pas être appliqué à une aliénation faite avec réserve d'un droit d'*usage* ou d'*habitation* (Cass., 14 janv. 1884, D. 84. 1. 253, S. 84. 1. 97).

2° Il faut que le contrat soit intervenu *entre le défunt et l'un de ses héritiers en ligne directe*[1]. Si c'est le collatéral qui en a bénéficié, la présomption de la loi ne s'appliquera pas (Cass., 27 juill. 1869, D. 70. 1. 113, S. 69. 2. 429). — De plus, il est nécessaire que le successible eût déjà la qualité d'héritier présomptif *au jour où le contrat a été fait* ; sinon on ne pourrait plus présumer la fraude (Paris, 2 févr. 1881, S. 81. 2. 112) ; mais quand cette condition est remplie, si le successible renonce ou prédécède, l'art. 918 conserve sa raison d'être et la présomption de gratuité subsiste (Angers, 13 août 1877, D. 80. 2. 137).

Les présomptions légales d'interposition de personne, établies par l'art. 911, ne sont

[1] L'art. 918 porte que jamais le rapport d'un bien aliéné dans les conditions qu'il indique ne pourra être demandé *par les successibles en ligne collatérale*. C'est une inadvertance, et cela n'avait pas besoin d'être dit : les collatéraux n'ont pas de réserve, il va de soi que la loi n'avait pas à prendre de mesures exceptionnelles pour protéger un droit qu'elle ne leur donne pas. — La loi de nivôse avait mentionné les collatéraux à côté des successibles en ligne directe, parce qu'elle défendait également d'avantager les uns et les autres. De là la mention qui en est faite dans le texte actuel.

pas applicables à l'hypothèse de l'art. 918, qui n'a pas pour objet une libéralité faite à un incapable (Cass., 7 déc. 1857, D. 57. 1. 108, S. 58. 1. 278).

D. — Effet de la présomption. — La présomption de la loi est *double*. Le texte présume : 1° que l'acte contient une *libéralité* ; 2° que cette libéralité a été faite *avec dispense de rapport*.

En vertu de la première présomption, on devra décider que la prétendue vente n'en est pas une ; que le prix n'en était pas sérieux et n'a pas été payé, et par conséquent l'héritier n'en pourra pas demander la restitution, quoiqu'on le traite comme donataire.

En même temps que la propriété du bien est réputée avoir été acquise par lui à *titre de donation*, on présume que c'est à titre de donation *préciputaire*[1]. C'est un tempérament considérable de l'effet de la première présomption : l'héritier conservera souvent, sinon la totalité, du moins une forte partie du bien acquis par lui, puisqu'il sera *dispensé de le rapporter*. Toutefois l'effet de cette dispense de rapport pourra être amoindri ou annihilé par l'existence de donations antérieures, faites à d'autres personnes qui entameraient ou absorberaient la quotité disponible. Alors l'héritier aura beau être dispensé du *rapport*, il sera atteint par la *réduction*.

F. — Preuve contraire. — La doctrine française pense en général que ces présomptions de l'art. 918 ne souffrent pas la preuve contraire (Aubry et Rau, t. VII, § 684 *ter*, texte et note 11 ; Demolombe, t. XIX, n° 517). C'est fort discutable. Est-ce bien le cas d'appliquer la règle de l'art. 1352, puisque la loi n'*annule* pas l'acte, et se contente d'en déterminer la nature ? Il y a une sévérité excessive à refuser à l'acquéreur, qui en a la preuve en main, le droit de démontrer qu'il a réellement *acheté* le bien qu'on prétend lui avoir été transmis à titre de donation. Voyez en ce sens Laurent, t. XIII, n° 130. Les cours d'appel ont longtemps autorisé la preuve contraire, mais tous leurs arrêts en ce sens ont été cassés (Cass., 19 août 1847, D. 48. 1. 202, S. 49. 1. 137 ; Cass., 26 juill. 1899, D. 1902. 1. 433, S. 1900. 1. 177), et elles ont fini par y renoncer (Rennes, 14 févr. 1901, D. 1903. 2. 441).

Lorsqu'un successible, qui a acquis du défunt un bien à rente viagère, est obligé de le rapporter par application de l'art. 918, il est tenu d'en faire le rapport en entier, sans aucune déduction, à raison des sommes qu'il aurait payées au delà de l'intérêt légal, pour le service de la rente viagère (Cass., 26 janv. 1836, D. 36. 1. 43, S. 36. 1. 297).

F. — Ressource laissée aux parties. — En fait le défunt et son héritier ont fort bien pu avoir l'intention de faire une vente sérieuse ; par crainte des fraudes, la loi méconnaît des opérations licites. On a réservé aux intéressés un moyen d'échapper à la présomption de l'art. 918. Il suffit de *faire intervenir les autres successibles*, et d'obtenir qu'ils reconnaissent dans l'acte que l'opération est réellement une vente et non une donation. Ils seront liés par cette reconnaissance, et ne seront pas admis plus tard à faire compter le bien vendu dans la masse, pour le calcul de leur réserve ; à leur égard, la présomption cesse.

Ce procédé est assez simple ; malheureusement il ne produit qu'un *effet relatif* ; si quelques héritiers seulement ont été appelés à reconnaître la véritable nature de l'acte, cet acte n'est une vente que pour eux ; pour ceux qui y sont restés étrangers, il conserve la nature que lui attribue la loi, la présomption subsiste. Or il y a des successibles qu'on n'a pas pu y appeler : ce sont *les enfants qui n'étaient pas encore nés*. Il y a donc ici une insuffisance manifeste du texte ; il a été impossible aux parties de se prémunir contre le soupçon de fraude que la loi élève contre eux. Néanmoins la jurisprudence réserve aux

[1] Cette présomption de dispense de rapport est la conséquence nécessaire de la première : il faut supposer que le disposant a eu l'intention d'avantager un successible au détriment des autres, puisqu'il a pris la peine de cacher sa libéralité ; et, d'autre part, on ne pouvait exiger de lui qu'il exprimât formellement sa volonté de le dispenser du rapport, ce qui aurait révélé la nature véritable de l'acte dissimulé par lui. Il y aurait eu contradiction à rechercher une forme secrète pour supprimer ensuite le secret par une clause expresse de dispense de rapport.

enfants nés depuis l'aliénation le droit d'en demander le rapport (Cass., 25 nov. 1839, S. 40. 1. 33 ; Rouen, 31 juill. 1843, S. 44. 2. 30).

G. — Bibliographie. — J. Larrue, *Des aliénations à fonds perdu... au profit de successibles en ligne directe*, thèse, Paris, 1912.

3° Estimation des deux masses de biens.

3090. Époque à choisir pour l'estimation. — Une estimation en argent est nécessaire pour savoir si les biens donnés ou légués excèdent la quotité disponible.

Pour les biens existants, l'estimation se fait d'après leur valeur au jour du décès ; la règle à suivre est simple ; il n'y a qu'une seule époque à considérer, celle de l'ouverture de la succession.

Il n'en n'est pas de même pour les biens que le défunt a donnés de son vivant. Voici ce qu'en dit l'art. 922 : ils doivent être estimés « d'après *leur état à l'époque des donations* et *leur valeur au temps du décès du testateur* ». La formule est un peu obscure ; au fond la chose est assez facile à comprendre. Voici ce que veut dire la loi : l'estimation doit se faire, comme pour les biens existants, d'après leur valeur au jour du décès ; mais on ne doit pas tenir compte des détériorations ou améliorations qui sont *le fait des donataires*. Il faut rechercher ce que serait la valeur de ces biens, s'ils n'étaient pas sortis des mains du défunt ; on ne devra donc tenir compte que des changements de valeur *qui ont une cause naturelle ou fortuite*. Ainsi, si le donataire a construit sur le terrain qui lui a été donné, on estimera le bien déduction faite des bâtiments neufs ; s'il a démoli une construction antérieure, on l'estimera comme si le bâtiment existait encore. Pour la plus-value fortuite de valeurs mobilières, voyez Cass., 30 juin 1910, D. 1914. 1. 25, S. 1910. 1. 529, et la note de M. Lyon-Caen. Comp. Ripert, *Revue Trimestrielle*, 1911.

On estime donc tous les biens en se plaçant à l'époque du décès, sans distinction entre les meubles et les immeubles. On ne suit pas ici la même règle que pour le *rapport*, en vue duquel on estime les meubles à la valeur qu'ils avaient au jour de la donation (art. 868). Il en résulte dans la pratique des difficultés qui ne peuvent être examinées ici et qui se présentent lorsque le mobilier donné a augmenté de valeur depuis la donation. Voyez sur ce sujet Maurice Henry, *Du legs de la quotité disponible*, thèse, Paris, 1902.

3091. Procédure. — La loi n'a établi aucune forme particulière pour procéder à l'estimation des biens. Elle se fera donc à l'amiable, et si les parties ne s'entendent pas, il faudra avoir recours à la justice.

3092. Déduction des charges. — Il faut déduire de la valeur des biens donnés le montant des charges imposées aux donataires dans l'intérêt du donateur (Cass., 27 nov. 1877, D. 78. 1. 16), car le donataire ne s'enrichit que de la différence.

4° Déduction des dettes.

***3093. Pourquoi cette déduction est nécessaire.** — Quand on a formé les deux masses de biens et qu'on les a estimées, il faut en déduire les dettes du défunt. La quotité disponible ne se calcule que sur l'*actif net*, parce que c'est seulement sur cet actif qu'un homme endetté peut faire des libéralités : « Nemo liberalis nisi liberatus. »

***3094. Ordre à observer dans ces opérations.** — A lire l'art. 922, il semble qu'on doit commencer par réunir les deux masses des biens existants et des biens donnés et que la réduction des dettes ne doit se faire qu'après. Ce procédé peut être employé sans inconvénient, *lorsque l'actif existant au jour du décès dépasse le passif*. Qu'on déduise les dettes de

cette première masse, ou des deux masses réunies, le résultat sera toujours le même.

Mais si le défunt a laissé *plus de dettes que de biens,* il devient très important de savoir que la déduction du passif doit se faire *uniquement sur la masse des biens existants.* En effet, si on attendait pour le déduire à avoir réuni les deux masses, on réduirait illégalement la quotité disponible au profit de la réserve ; on arriverait même parfois à *l'anéantir,* et à permettre à l'héritier réservataire de se faire restituer *en totalité* les biens donnés entre vifs.

Prenons des chiffres : le défunt possédait 50 000 francs de biens au jour de sa mort, et il en avait donné autant entre vifs. Il laisse un passif considérable, 100 000 francs ou davantage. Pour héritier, il n'a qu'un fils, ce qui fait que la réserve et la quotité disponible sont de moitié chacune. Si on déduit le passif sur les deux masses réunies, on trouve qu'il *absorbe entièrement l'actif,* et alors la quotité disponible est *égale à zéro.* Le donataire devrait donc rendre tout ce qu'il a reçu ; mais, d'autre part, comme ce qui est sorti du patrimoine du donateur n'y peut pas rentrer par l'effet d'une réduction de façon que les créanciers puissent le saisir (art. 921), pourvu que le réservataire ait accepté sous bénéfice d'inventaire (ce qu'il aura bien soin de faire dans l'espèce), l'héritier conserverait en propre les 50 000 francs que le défunt avait donnés, et le donataire n'aurait rien, ce qui serait contraire à la loi, puisque la quotité disponible et la réserve sont égales dans l'hypothèse. Il faut donc déduire le passif sur la masse des biens existants ; quant aux biens donnés, ils sont définitivement perdus pour les créanciers, ils sont sortis de leur gage ; et c'est sur leur masse totale, parce qu'elle représente tout entière un actif net, que doit se calculer le disponible ; le donataire et le réservataire auront donc chacun 25 000 francs. — Si la marche contraire est indiquée dans l'art. 922, c'est que ses rédacteurs ont prévu le cas ordinaire, celui où le défunt *meurt solvable.* Tout le monde en convient.

L'ordre régulier des opérations est donc le suivant : 1° composition et estimation de la succession ; 2° déduction du passif ; 3° recherche et estimation des biens donnés entre vifs ; 4° addition de cette masse au reliquat d'actif net qu'a pu donner la première. C'est sur le résultat ainsi obtenu que se calcule la quotité disponible.

3095. Calcul de la réserve dans le cas de succession anomale. — Supposons qu'un grand-père ait donné à son petit-fils un bien valant 20 000 francs et que celui-ci meure, après avoir testé, possédant en outre une fortune personnelle de 20 000 francs, et laissant son père et sa mère pour lui succéder.

1° Legs de corps certains portant sur les biens donnés. — Au cas où le défunt a donné ou légué la propriété du bien qu'il avait reçu de son grand-père, la succession anomale ne s'ouvre pas ; il n'en peut être question. Il en résulte que le bien donné est réputé faire partie de la succession ordinaire dont il grossit le chiffre ; on en tiendra compte pour le calcul de la quotité disponible, et au besoin les père et mère auront l'action en réduction contre le donataire. Cette circonstance, qui écarte l'ascendant donateur, a donc pour résultat indirect de grossir la réserve.

2° Legs de corps certains portant sur les biens personnels. — La succession anomale s'ouvre alors et le principe est qu'il y a *deux successions distinctes,* l'une ayant une réserve, l'autre n'en ayant pas. La réserve doit se calculer uniquement sur la succession ordinaire [1] (voyez en ce sens les motifs d'un arrêt de Poitiers, 15 mai 1899, D. 1901. 2. 205). Elle sera donc de 10 000 francs, que les père et mère se partageront ; le légataire aura ce qui restera des biens personnels, et le grand-père reprendra ce qu'il avait donné (Demolombe, t. XIX, n°s 126 et suiv.). L'art. 922 dit bien que la quotité disponible se calcule sur l'ensemble des biens, mais il est fait pour les successions ordinaires, les seules qui aient une réserve.

Si l'ascendant donateur était appelé en même temps à la succession anomale et à la succession ordinaire, par exemple si c'était le père, ces chiffres ne changeraient pas : il prendrait, d'une part, le bien donné et, de l'autre, son quart de réserve.

3° Legs de sommes d'argent. — Ces legs portent à la fois sur la succession ordinaire et sur la succession anomale, qui y contribuent en proportion de leurs valeurs respectives. Mais l'ascendant donateur en paie sa part entière, puisqu'il n'a pas de réserve, tandis que les père et mère, qui sont réservataires, ne paient la leur que jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

B. — Imputation des libéralités sur la réserve et sur la quotité disponible.

** **3096. Principe général.** — Tant de discussions se sont élevées sur ce point que la question est devenue obscure. Au fond, pourtant, elle est très simple, et tient tout entière dans cette brève formule : Doivent seules s'imputer sur la réserve les libéralités faites *sans dispense de rapport à un héritier acceptant* ; toutes les autres libéralités s'imputent sur la quotité disponible, savoir : 1° celles qui sont faites *avec dispenses de rapport* à un héritier *acceptant* ; 2° celles qui ont été faites, avec ou sans dispense de rapport, à un successible *renonçant* ; 3° celles qui sont faites à des *étrangers.*

Le bon sens le dit : les libéralités de toute nature doivent s'imputer sur la quotité disponible, puisque c'est le fonds où le défunt a pu puiser pour en faire. Quant à la réserve, qui comprend les biens dont il n'a pas pu dis-

[1] Si on calculait la réserve sur l'ensemble des biens, elle serait de 20 000 francs, et on se trouverait en présence de trois catégories de personnes ayant droit chacune à 20 000 francs : les ascendants ordinaires pour leur réserve, l'ascendant donateur pour son retour légal, le légataire pour la quotité disponible : total 60 000, et il n'y en a que 40 000 à distribuer. Il faudrait alors, comme le font MM. Aubry et Rau, t. VII, § 687, note 10, laisser la quotité disponible aux légataires, et forcer l'ascendant donateur à abandonner aux père et mère le bien venant de lui, afin de leur fournir leur réserve. Ce serait violer l'art. 747, qui veut que l'ascendant donateur reprenne ce bien « à l'exclusion de tous autres », quand il existe en nature.

poser, elle n'a pu servir à faire aucune libéralité : aucune n'y est donc imputable. Si une donation paraît s'imputer sur la réserve, c'est seulement quand elle se trouve *soumise au rapport*, parce que le rapport est pour elle une condition résolutoire qui l'anéantit ; dans la mesure où la dispense de rapport n'a pas été accordée, ou ne l'a pas été valablement, il n'y a plus de donation ; ce qui avait été donné retombe dans la masse. Si on dit alors qu'elle *s'impute sur la réserve*, c'est tout simplement parce que l'héritier qui l'avait reçue, n'étant plus donataire, ne peut prendre que sa part de réserve.

1° Libéralités faites à des étrangers.

3097. Imputation sur la quotité disponible. — Les libéralités faites à des étrangers ne peuvent jamais être soumises au rapport. Elles s'imputent donc toutes et nécessairement sur la quotité disponible.

A cet égard, on doit considérer comme des libéralités véritables, et par suite imputables sur la quotité disponible, les *avantages matrimoniaux* faits au second conjoint, dans le cas où la loi ouvre contre eux une action en retranchement aux enfants du premier lit : ces avantages sont alors traités comme constituant des libéralités, et tout ce qui est *réductible* à ce titre s'impute sur la quotité disponible. Voyez cependant Nancy, 25 févr. 1891, D. 91. 2. 353, S. 92. 2. 65. Mais cet arrêt n'est pas suivi dans la pratique, comme le constate le nouveau *Code civil annoté* de Dalloz, art. 1496, n° 17, et comme le prouve un autre arrêt (Bourges, 28 déc. 1891, D. 93. 2. 169).

2° Libéralités faites à un successible renonçant.

***3098. Assimilation du renonçant aux étrangers.** — Si le donataire (ou légataire) renonce à la succession, il y devient étranger, et par suite il se dispense du rapport, en admettant qu'il n'en fût pas dispensé par son titre. La donation (ou le legs) sera donc maintenu, et s'imputera sur la quotité disponible (Cass., 10 nov. 1880, D. 81. 1. 81, S. 81. 1. 97).

3099. Danger possible. — Dans sa note du *Sirey* sous cet arrêt, M. Labbé a montré les inconvénients de cette solution. Un père dote l'un de ses enfants au moyen d'une donation *en avancement d'hoirie*, c'est-à-dire sans dispense de rapport. Dans les prévisions du père, le fils acceptera sa succession et ce qu'il a donné reviendra à la masse par l'effet du rapport ; par conséquent la quotité disponible reste entière et libre entre ses mains pour d'autres libéralités. Mais ensuite les affaires du constituant périclitent, sa fortune diminue et, quand il meurt, l'enfant doté subirait une perte s'il acceptait la succession paternelle ; celui-ci renonce donc pour garder ce qu'il avait reçu, mais alors il absorbe la quotité disponible, ce qui fait que le défunt avait épuisé du premier coup toute cette quotité ; les donations ultérieures et le testament tout entier tombent. Comp. Labbé, *Du don en avancement d'hoirie*, dans la *Revue pratique*, 1861, t. XI, p. 78.

Quelques auteurs frappés de ce danger voudraient que la donation non préciputaire s'imputât sur la réserve, malgré la renonciation de l'héritier gratifié, de la même façon que s'il avait accepté (Aubry et Rau, t. VII, § 684 *ter*, note 39). Ils ajoutent que la réserve et la quotité disponible doivent être fixées d'après l'état de la famille au jour du décès, et non d'après le parti que prennent les héritiers.

3100. Ancienne jurisprudence. — Ce système d'imputation sur la réserve était admis par la jurisprudence jusqu'en 1863. Il avait été consacré notamment par les deux arrêts *Mourgue* et *Castille*, du 11 août 1829 et du 24 mars 1834 (D. 29. 1. 328, S. 29.

1. 297, S. chr. 9. 1. 353 ; D. 35. 1. 99, S. 34. 1. 145), et c'est lui qui avait entraîné la Cour de cassation à admettre le *cumul* de la réserve et de la quotité disponible (ci-dessus, n° 3082). Sa raison principale était que la donation faite sans dispense de rapport était un *avancement d'hoirie*, et que sa nature ne pouvait pas changer par le fait du donataire ; c'est *sa part de réserve* qui lui est *avancée*. L'argument était faux, car s'il y avait simple avance de la réserve, il en faudrait conclure que la donation se trouvait résolue par la renonciation du donataire, ce qui serait contraire à l'art. 845 qui permet au renonçant de conserver son don. Les arrêts exagéraient le sens de l'expression « avancement d'hoirie ».

En abandonnant le système du cumul, la jurisprudence se trouvait donc forcée d'imputer la donation du renonçant exclusivement sur la quotité disponible (Cass., Chambres réunies, 27 nov. 1863, D. 64. 1. 5, S. 63. 1. 513)[1]. MM. Aubry et Rau ont fait d'inutiles efforts pour démontrer que la question de l'imputation était distincte de la question du cumul (voyez leur note 39 précitée).

3° Libéralités faites à un héritier acceptant.

****3101. Libéralités préciputaires.** — Celles-ci s'imputent *sur la quotité disponible*[2]. Si elles dépassent, l'excédent est *réductible*. Toutefois comme le donataire est en même temps héritier à réserve et qu'il profiterait en partie de la réduction qu'on lui ferait subir, on l'autorise à conserver les biens donnés *jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part de réserve réunies* (art. 924). L'excédent seul qui entame la réserve des autres, est sujet à réduction.

Du reste, cette rétention d'une part de réserve par le donataire est subordonnée à la circonstance qu'il existe *des biens de même nature* pour former le lot des autres (art. 924 *in fine*).

****3102. Libéralités soumises au rapport.** — En faisant rentrer dans la masse les biens donnés ou légués, le rapport annule le titre du donataire ou du légataire, qui ne peut plus prendre ces biens que là où ils sont, c'est-à-dire dans la masse que vont se partager les réservataires. Ces libéralités résolues par le rapport sont donc les seules qui s'imputent sur la réserve.

Notons que ce principe peut s'appliquer partiellement à des libéralités dispensées du rapport. En effet, si ces libéralités sont excessives, l'excédent est sujet à rapport (art. 866), car la dispense de rapport n'a pas pu être valablement accordée pour tout ce qui entame la réserve des autres héritiers.

[1] Au danger signalé dans le n° 3099 ci-dessus, il n'existe qu'un remède : si le père veut se réserver la faculté de faire d'autres libéralités, il faut qu'en dotant son enfant, il stipule que la donation sera résolue, au cas où l'enfant doté renoncerait à sa succession. Il peut du reste limiter l'effet de cette résolution en laissant à son enfant la part de réserve qu'il aurait eue en acceptant la succession. — Les constitutions de dot sous forme de *rente* n'offrent pas cet inconvénient.

[2] Rappelons que l'art. 918 assimile aux libéralités préciputaires les acquisitions prévues par lui, bien qu'aucune dispense de rapport n'ait été accordée. Ces acquisitions, étant considérées comme gratuites et dispensées du rapport, s'imputent donc sur la portion disponible. L'art 918 est formel sur ce point.

Cette imputation sur la réserve des libéralités rapportables soulève une difficulté grave, lorsque le montant de l'avancement d'hoirie dépasse la part de réserve du donataire [1].

§ 5. — *De l'action en réduction*

****3103. Son principe.** — Quand ces opérations sont terminées, on sait s'il y a lieu à réduction. Du simple rapprochement des chiffres obtenus, il ressort en effet si la réserve des héritiers directs a été ou non entamée, et dans quelle mesure elle l'a été. Si la quotité disponible est dépassée, les réservataires ont une action spéciale, appelée *action en réduction*, pour obtenir leur réserve (art. 920). C'est cette action que la loi appelle *action en retranchement* dans un cas particulier (art. 1496). Elle est la sanction du droit de réserve.

1° A qui appartient l'action en réduction.

****3104. Droit propre des réservataires.** — L'action en réduction est un droit qui appartient aux réservataires *de leur chef* ; ils ne la tiennent pas du défunt, qui ne l'avait pas. Mais c'est une action pécuniaire, qui peut être exercée du chef des réservataires, par leurs créanciers personnels (art. 1166). Leur droit ne s'ouvre qu'à la mort du disposant. De son vivant, ils

[1] Expliquons cette difficulté en analysant la jurisprudence. Un héritier, qui est généralement un enfant doté, a reçu 100 000 francs et sa réserve est seulement de 75 000 francs : que faut-il faire des 25 000 francs d'excédent ? Par un premier arrêt, la Cour de cassation avait décidé que cet excédent devait s'imputer sur le disponible ; par suite, les donataires ultérieurs ou les légataires ne pouvaient recevoir que le restant de la quotité disponible ; la règle de l'irrévocabilité des donations lui semblait s'opposer à ce que le donateur puisse disposer, au profit d'un second donataire, de ce qu'il avait déjà donné au premier ; ce serait faire profiter le second donataire d'un rapport qui n'est dû qu'aux cohéritiers, d'après les art. 857 et 921 (Cass., 31 mars 1885, D. 88, 5. 372, S. 85. 1. 302). Dans une autre affaire, un donataire en avancement d'hoirie s'était fondé sur cette première décision pour prétendre conserver pour lui seul l'excédent de sa donation sur sa part de réserve, comme si cette donation lui avait été faite par préciput ; mais la Cour décida que cet héritier n'avait pas le droit de retenir intégralement pour lui son avancement d'hoirie, et que l'émolument de cette libéralité devait *se partager par parts égales entre tous les réservataires* (Cass., 8 févr. 1898, D. 99. 1. 265, S. 99. 1. 137). C'était l'abandon partiel de la première décision, car c'était admettre que la première libéralité reçue par l'enfant donataire se trouvait *partiellement révoquée* par l'effet des donations plus récentes : en effet, si ces donations nouvelles n'avaient pas été faites, l'enfant doté aurait conservé son avancement d'hoirie pour une part plus forte, en participant avec ses frères au partage de la quotité disponible. Poursuivant son évolution, la Cour de cassation a fini par décider que l'enfant doté ne pouvait conserver que sa part de réserve, parce que *le disposant n'a pas entendu le gratifier par préciput*, ni se priver du droit de disposer ultérieurement de sa quotité disponible ; par suite, l'avancement d'hoirie, étant entièrement rapportable, doit s'imputer sur la réserve globale des enfants : et ce n'est qu'au cas où la valeur donnée dépasserait la réserve totale que l'excédent s'imputerait sur le disponible, parce que les donateurs plus récents ne peuvent réclamer leurs libéralités sur les rapports ; mais, en dehors de cette hypothèse, les enfants, pris ensemble, ne peuvent rien conserver de la quotité disponible, laquelle doit être attribuée toute entière aux donataires par préciput (Cass., 13 mars 1907, P. et S. 1911. 1. 189).

n'ont qu'un *droit éventuel*, qui ne leur permet même pas de prendre des mesures conservatoires.

***3105. Refus de l'action aux créanciers de la succession.** — Les créanciers du défunt ne peuvent ni demander la réduction, ni en profiter (art. 921). Cet article, qu'il faut rapprocher de l'art. 857 qui donne une solution semblable pour le rapport, mentionne également les légataires et donataires, comme privés de l'action en même temps que les créanciers. Il était inutile d'en parler, car il est évident que la réduction des libéralités n'a pas été introduite dans l'intérêt de ceux qui en ont reçu d'autres[1].

Pour les créanciers du défunt, il y a quelques observations à présenter, car la plupart du temps, les biens sujets à réduction serviront à les désintéresser, contrairement à ce que dit la loi. Ce n'est pas que le principe formulé par l'art. 921 soit inexact, mais son application se trouve restreinte par d'autres règles.

1° Priorité des créanciers sur les légataires. — Si le défunt a fait des legs, les créanciers devront être payés avant les légataires, au cas où les biens ne suffiraient pas à acquitter à la fois les dettes et les legs. C'est pour cela que l'art. 921, qui refuse l'action en réduction aux créanciers du défunt, ne parle que de la « réduction des dispositions entre vifs ». Mais ce n'est pas là pour les créanciers le droit d'agir en réduction contre les légataires. C'est l'application de la maxime « Nemo liberalis nisi liberatus », et ce qui fera comprendre en quoi cette règle diffère de la réduction, c'est 1° qu'elle fonctionne de la même manière dans les successions où il n'y a pas d'héritiers réservataires, et où par conséquent tout est disponible, et 2° que le droit des créanciers s'exerce, non seulement sur la portion des legs retranchée comme entamant la réserve, mais même sur la partie qui serait payable sur la quotité disponible.

2° Cas ou les créanciers auront l'action en réduction. — Quand la loi dit que les créanciers du défunt ne peuvent ni demander la réduction des donations ni en profiter, elle suppose que la succession a été *acceptée sous bénéfice d'inventaire*. Alors les créanciers du défunt, n'étant pas devenus créanciers de l'héritier, ne peuvent pas atteindre les biens donnés entre vifs par leur débiteur ; ces biens sont définitivement sortis de leur gage *par une aliénation régulière*[2], et si l'action en réduction les enlève en partie aux

[1] Toutefois, on verra que la réduction suit une marche déterminée ; certaines libéralités sont réduites avant les autres ; les donataires et légataires ont le droit de demander qu'elle se fasse conformément aux règles établies par la loi, ce qui permettra souvent à quelques-uns d'échapper eux-mêmes à la réduction. Mais ce n'est pas là *exercer l'action en réduction*. Comp. Cass., 4 janv. 1869, D. 69. 1. 10, S. 69. 1. 145.

[2] Il faut supposer que les créanciers sont obligés de respecter les donations faites par leur débiteur et ne peuvent les attaquer au moyen de l'action Paulienne, parce qu'ils ont traité avec lui postérieurement à l'époque de ces donations, ou si leur

donataires, c'est pour les faire rentrer *dans le patrimoine personnel de l'héritier*, sur lequel les créanciers de la succession n'ont aucun droit.

Mais si les héritiers ont accepté la succession purement et simplement, les créanciers du défunt sont devenus leurs *créanciers personnels*, et à ce titre ils peuvent exercer l'action en réduction du chef des réservataires, en vertu de l'art. 1166 ; et si les héritiers la demandent de leur propre mouvement, comme ils ne manquent pas de le faire, les biens qu'ils obtiendront par l'effet de la réduction serviront à désintéresser tous leurs créanciers, ceux du défunt comme les autres.

B. — Ordre de réduction des dons et des legs.

1° Réduction des libéralités testamentaires.

****3106. Les legs sont réduits avant les donations.** — On ne doit atteindre les donataires qu'autant que les biens légués ne suffisent pas à parfaire la réserve des héritiers ; les légataires sont donc les premiers sacrifiés (art. 923). Cette règle est la conséquence de l'irrévocabilité des donations entre vifs : le défunt n'a pas pu soumettre à la réduction les donations qu'il avait faites, en laissant ses biens par testament à d'autres personnes. Ce serait un moyen indirect de reprendre ce qu'il avait donné, car le testament, qui est une *disposition de dernière volonté*, est toujours la dernière en date des libéralités, quoique sa rédaction puisse être antérieure aux donations faites par le défunt.

***3107. Réduction proportionnelle des legs.** — Lorsque la quotité disponible est absorbée en entier par les donations, il n'y a aucune difficulté : toutes les libéralités testamentaires deviennent caduques (art. 925).

Mais si le défunt n'a pas de son vivant épuisé sa quotité disponible, les dispositions testamentaires ne sont réductibles qu'en partie ; il reste quelque chose pour les légataires. Si ce reliquat ne suffit pas à acquitter tous les legs, l'art. 926 veut qu'on leur fasse subir à tous une réduction *proportionnelle à leur valeur*. Tous les legs sont atteints par cette réduction, sans distinguer si ce sont des legs de *corps certains* ou des legs de *quantités*, s'ils ont été faits *à titre particulier* ou *à titre universel*. Il y a une perte à subir ; tous les legs sont de la même date ; chaque légataire doit donc en supporter sa part[1]. On calcule ce que chacun d'eux obtiendrait s'il n'y avait

droit est antérieur en date, parce que leur débiteur était solvable au moment où il a donné et ne s'est appauvri que plus tard. S'il y avait lieu à l'action Paulienne, ils pourraient attaquer les donataires, mais par une action qui leur est personnelle, et qui est très différente de l'action en réduction par ses conditions d'exercice et par son but.

[1] Cette disposition de l'art. 926 est une innovation du Code. Dans l'ancien droit, c'était sur les légataires universels que la réduction portait d'abord : les légataires particuliers n'étaient atteints qu'ensuite ; il pouvait donc arriver qu'un légataire universel ne conservât rien, alors que les legs particuliers étaient intégralement payés

pas de réservataires, et on enlève à chacun une quote-part suffisante pour compléter la réserve par la réunion des parts ainsi retranchées.

Il y a quelques difficultés pour les dispositions en usufruit, dont cette réduction proportionnelle rend nécessaire l'élévation : fallait-il appliquer la disposition arbitraire de la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, art. 14-11° et art. 15-6°, qui évalue l'usufruit à la moitié de la propriété ? La jurisprudence décidait négativement (Trib. civ. Seine, 27 mai 1898, D. 99. 2. 306 ; Lyon, 8 mai 1891, Pau, 17 déc. 1891, *ibid.*, en sous-note), et voulait qu'on estimât chaque usufruit d'après les circonstances. La loi du budget, du 25 février 1901, est venue lui donner raison en instituant un nouveau mode d'évaluation de l'usufruit, en matière fiscale, variable d'après l'âge de l'usufruitier (art. 13).

***3108. Dérogation à la règle.** — C'est par interprétation de la volonté du défunt qu'on ordonne la réduction proportionnelle des legs. Il est donc permis au testateur d'y déroger, en déclarant qu'il entend que tel ou tel legs soit *acquitté de préférence aux autres*. On se conformera à ses indications, et les legs auxquels il aura ainsi accordé une priorité ne seront réduits qu'en dernier lieu, et si le sacrifice de tous les autres ne suffit pas (art. 927). — La loi exige une *déclaration expresse* ; il n'y a pas de termes sacramentels à employer, mais il faut que le testateur ait exprimé cette intention ; on ne pourrait pas l'induire de circonstances de fait qui révéleraient sa préférence pour certains légataires.

3108 *bis*. **Comparaison avec le cas d'insolvabilité.** — La réduction qui résulte de la présence d'un ou plusieurs réservataires n'est pas la même que celle qui a pour cause l'insuffisance de l'actif héréditaire. Quand cet actif ne suffit pas pour acquitter tous les legs, la perte est, en principe, pour les légataires universels, qui sont tenus à la fois du paiement du passif et du paiement des legs. C'est seulement lorsque les legs particuliers dépassent à eux seuls le montant de l'actif qu'il y a lieu à une réduction proportionnelle entre eux (Alger, 19 juill. 1893, D. 94. 2. 213, S. 94. 2. 244). Comp. Nancy, 28 nov. 1908, D. 1912. 2. 305.

2° Réduction des donations.

****3109. Principe ordinaire.** — Quand les legs ne suffisent pas pour parfaire la réserve, il faut atteindre les donations, mais pour elles le système de la réduction proportionnelle n'est plus possible ; il faut leur appliquer un autre principe, celui de la *réduction successive* : au lieu de les atteindre toutes à la fois, on les réduit les unes après les autres, *en commençant par les plus récentes* (art. 923). Les donations les plus anciennes ont porté sur la quotité disponible ; ce sont les suivantes qui ont entamé la réserve : il est arrivé un moment où le défunt, s'il a fait plusieurs donations successives, avait presque épuisé son disponible ; la première qu'il a faite ensuite est *réductible*, parce qu'il ne lui restait plus de quoi la faire ; et

(POTHIER, *Donations entre vifs*, n° 231. Comp. *Donations testamentaires*, n°s 199 et 200). Le projet de Code conservait l'ancienne règle, avec un correctif : il permettait au légataire universel de retenir une *quarte*, analogue à l'ancienne *Falcidie*. Cette idée fut abandonnée au cours de la discussion, et on s'arrêta au principe de la réduction proportionnelle, qui parut plus équitable.

toutes celles qu'il a faites depuis doivent *tomber entièrement*. Ainsi le veut le principe de l'*irrévocabilité des donations* : le donataire ne pouvait reprendre ce qu'il avait transmis à ses premiers donataires pour en gratifier d'autres. — Ce motif est si fort et si évident qu'on ne le discute plus aujourd'hui ; et cependant il a été discuté dans notre ancien droit jusqu'au XVIIIe siècle ; c'est seulement l'ordonnance de 1731 qui a établi la règle actuelle (art. 34).

3110. Cas particuliers. — Deux cas spéciaux sont à examiner :

1° DONATIONS DE MÊME DATE. — Si plusieurs donations ont été faites le même jour elles sont *réductibles proportionnellement à leur valeur*, parce que les donataires ont des droits égaux. Voyez pour les charges imposées au donataire dans l'intérêt d'un tiers, Cass., 10 août 1870, D. 72. 1. 81, S. 72. 1. 170.

2° DONATIONS DE BIENS A VENIR. — Il y a eu quelques doutes sur le rang à assigner, dans l'ordre des réductions, à certaines libéralités qui, de même que les legs, portent sur les biens que le donateur laisse à son décès : ce sont les *institutions contractuelles* et autres *donations de biens à venir*. Il est aujourd'hui reconnu que ces libéralités sont des donations entre vifs et qu'elles confèrent au donataire un droit particulier à compter de leur date. Elles sont donc réduites comme donations, à leur rang, et non en même temps que les legs (AUBRY et RAU, t. VII, § 685 *bis*, note 11).

3110 *bis*. Preuve de la date. — Des difficultés s'élèvent dans la pratique pour les donations qui n'ont pas été enregistrées, ce qui peut arriver pour certaines *donations déguisées* et surtout pour les *dons manuels*, à l'occasion desquels on ne rédige aucun écrit. Elle a donné lieu à d'assez nombreux travaux [1], et à quelques arrêts (Cass. 16 juin 1857, D. 57. 1. 284, S. 57. 1. 754 ; Caen, 25 mai 1875, S. 80. 2. 281, en sous-note ; Caen, 28 mai 1879, D. 80. 2. 49, S. 80. 2. 281 ; Cass., 11 janv. 1882, D. 82. 1. 313, S. 82. 1. 131). Il semble que la question doit être dédoublée : à l'égard des dons manuels qui sont, par leur nature, dispensés de la rédaction d'un écrit, l'enregistrement ne se conçoit pas, et l'art. 1328 est sans application : la date en peut donc être établie par tous les moyens, et notamment à l'aide des papiers du défunt, ainsi que l'a décidé la Cour de Caen dans son arrêt précité de 1879. Mais il n'en peut pas être de même pour les donations déguisées sous la forme d'une convention à titre onéreux ; pour elles on dresse généralement un écrit, et cet écrit n'est naturellement opposable aux tiers, conformément à l'art. 1328, qu'autant qu'il a été enregistré. Il en résulte que les donataires qui ont été gratifiés d'une façon ostensible, par acte authentique, sont autorisés à méconnaître les donations ainsi faites par des actes sous seings privés non enregistrés, dont l'antériorité n'est pas certaine ; le donataire gratifié par une libéralité déguisée ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il voit cette libéralité réduite avant une donation authentique postérieure, mais ayant date certaine. La donation déguisée non enregistrée aurait cependant date certaine à l'égard des héritiers du donateur, puisque ceux-ci représentent le défunt et que les actes privés font foi de leur date par eux-mêmes entre les parties ; c'est seulement dans le conflit entre plusieurs donataires sujets à réduction que l'enregistrement pourra être exigé, en vertu de l'art. 1328, parce qu'à l'égard du donataire dont le titre n'a pas reçu date certaine, les autres sont des *tiers*, au sens de cet article. Toutes ces distinctions ont été énoncées par M. Labbé, dans sa dissertation citée en note.

Quand il existe une ou plusieurs donations n'ayant pas date certaine, on les considère comme prenant rang seulement au jour du décès, et on les réduit en même temps que les legs et au marc le franc.

[1] Notes d'arrêtistes : LAINÉ-DESHAYES, Recueil des arrêts des Cours de Caen et de Rouen, 1875, p. 133 ; TOUTAIN, *ibid.*, 1879, p. 161 ; LABBÉ, S. 80. 2. 281 ; Anonyme, D. 80. 2. 49 ; — Articles de Revues : GUILLOUARD, *Revue critique*, 1879, p. 305 ; PASCAUD, Examen doctrinal, *ibid.*, 1881, p. 115. — CLAUDE, *Des dons manuels*, p. 238 à 250. — BRESSOLLES, *Des dons manuels*, n°s 276 et 277.

C. — Effet de l'action en réduction.

3111. Personnes tenues de l'action. — L'action en réduction est une action *personnelle* qui est donnée *contre le donataire* : elle tend à obtenir la *résolution* de la libéralité qui lui a été faite. Cette résolution une fois obtenue, la *revendication* se trouve ouverte à l'héritier même *contre les tiers acquéreurs*.

Les effets de la réduction ne sont pas les mêmes, suivant que l'action est dirigée contre le donataire lui-même ou contre un tiers.

1° Action contre le donataire.

3112. Le principe. — Le principe est 1° que la réduction *s'opère en nature* et 2° qu'elle équivaut à une *résolution* du droit de propriété du donataire. Telle est du moins la théorie, et on verra plus loin les conséquences qui en résultent ; mais dans la pratique, il arrive souvent que les parties s'arrangent autrement, et que le réservataire se fait rembourser en argent la valeur des objets donnés ou la portion de leur valeur atteinte par la réduction.

3113. Conséquence relative aux fruits. — On n'applique pas aux fruits l'idée de résolution d'une manière rigoureuse : si la donation était complètement résolue, le donataire n'aurait le droit d'en garder aucun et l'avancement d'hoirie qu'il a reçu ne lui procurerait aucun avantage. On lui permet donc de conserver tous ceux qu'il a perçus *jusqu'au jour du décès du donateur*.

Même après ce moment, il peut encore gagner plus ou moins longtemps les fruits de la chose : cela dépendra du jour où sera dirigée contre lui la demande en réduction. Si elle est formée *dans l'année du décès*, les fruits échus ou perçus depuis l'ouverture de la succession devront être restitués en même temps que le bien ; si elle est formée après l'expiration de cette première année, le donataire ne doit restituer que ceux qu'il a perçus *depuis le jour de la demande* (art. 928).

S'il garde les fruits, c'est *à titre de propriétaire*, et non pas comme possesseur de bonne foi. D'où cette conséquence que les fruits civils *échus*, mais non *perçus* par lui, lui sont néanmoins acquis, tandis qu'un possesseur de bonne foi ne les fait siens que par la perception.

3114. Comparaison avec le rapport. — Un héritier soumis au rapport doit toujours les fruits de plein droit du jour de l'ouverture de la succession (art. 856). Un donataire soumis à réduction ne les doit à compter de ce même jour que s'il est *poursuivi dans l'année*. La raison de cette différence est que l'héritier sait fort bien qu'il est obligé de rapporter ce qu'il a reçu quand il accepte la succession, tandis qu'un donataire, qui souvent est un étranger et connaît mal l'état des affaires du défunt, a pu penser que la réserve n'était pas entamée, quand les réservataires ont attendu plus d'un an avant d'agir contre lui.

****3115. Conséquence relative aux droits réels.** — Le caractère résolutoire de la réduction produit une autre conséquence qui intéresse les droits réels consentis sur l'immeuble par le donataire, quand il en a conservé la propriété. L'art. 929 leur fait l'application de la maxime : « Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis » ; ces droits réels tombent, notamment les hypothèques, et l'immeuble revient à la succession libre de toutes charges. — Bien que le texte ne nomme que les hypothèques, sa décision est nécessairement générale et s'applique à tous les droits réels particuliers, servitudes et autres.

2° Action subsidiaire contre les tiers acquéreurs.

****3116. Cas où l'action atteint les tiers.** — En principe, l'action n'est ouverte que contre le donataire ; c'est lui qui a été enrichi aux dépens de la réserve, c'est lui qui doit reconstituer cette réserve. Lorsqu'il a aliéné le bien qu'il a reçu, comme il ne peut plus le rendre *en nature*, il doit en restituer *la valeur*. Il se trouve constitué *débiteur d'une somme d'argent* envers la succession.

C'est seulement au cas où il serait *insolvable* et hors d'état de payer cette somme que la loi permet aux héritiers réservataires d'agir contre les sous-acquéreurs, et encore elle ne leur ouvre cette action subsidiaire qu'autant que la donation a eu pour objet *un immeuble* (art. 930) ; s'il s'agissait de meubles, ils seraient réduits à leur action personnelle contre le donataire.

***3117. Comparaison avec le rapport.** — Nous trouvons ici une nouvelle différence entre la réduction et le rapport. Quand un immeuble donné a été aliéné par le donataire, le rapport se fait *toujours en moins prenant*, et si le donataire est insolvable ses cohéritiers ne peuvent jamais agir contre les tiers acquéreurs. On vient de voir qu'il en est autrement en cas de réduction. C'est que la loi tient plus fortement à protéger la réserve des parents en ligne directe, que la simple *égalité* entre des copartageants qui se demandent des rapports réciproques. D'ailleurs le cohéritier soumis au rapport est un *copartageant* ; s'il ne rapporte pas, on lui retiendra son lot ; il y a là une garantie qui suffit presque toujours à rendre le rapport réel[1], tandis que les tiers donataires atteints par la réduction ne sont pas d'ordinaire des cohéritiers, et s'ils ne restituent rien, la perte est complète pour les réservataires.

3118. Caractère de l'action contre les tiers. — L'action en réduction n'est pas pour cela une action *mixte* : les héritiers font prononcer la résolution de la donation contre le donataire, et c'est cette résolution qui leur ouvre l'*action réelle*, la revendication contre les tiers.

[1] Pour que les cohéritiers ayant droit au rapport se trouvent en perte, il faut supposer que la donation rapportable dépasse de beaucoup le lot du cohéritier donataire et que celui-ci est absolument insolvable.

***3119. Condition de l'action contre les tiers.** — Les réservataires ne peuvent pas agir de plein droit contre les tiers ; il faut qu'ils commencent par poursuivre le donataire, afin d'en tirer ce qu'ils pourront ; c'est seulement quand les biens de celui-ci ne suffiront pas à les désintéresser qu'ils auront action contre les tiers. C'est ce que décide l'art. 930 qui permet aux réservataires d'agir « discussion préalablement faite » des biens du donataire. — Ce n'est pas d'une simple *exception de discussion* qu'il s'agit ici, comme celle de la caution ; c'est la condition première de l'action, qui n'est pas *ouverte* auparavant.

3120. Faculté laissée au tiers acquéreur. — Une ressource existe pour le tiers que la réduction menace : il peut éviter la résolution de son acquisition en payant aux réservataires la somme que le donataire soumis à réduction leur aurait versée, s'il avait été solvable. Que leur importe d'être payés par l'un ou par l'autre ? Le tiers, considéré comme créancier éventuel du donataire insolvable, doit avoir la même faculté que lui ; il peut *payer pour lui.*

3121. Évaluation de la somme à payer. — Quand le bien sujet à réduction est passé en mains tierces, sa valeur s'estime de la même manière que s'il n'avait pas été aliéné par le donataire : on ne tient pas compte des changements de valeur qui proviennent du fait du tiers acquéreur, pas plus qu'on en tiendrait compte s'ils étaient le fait du donataire lui-même.

3122. Restitution des fruits. — Le tiers acquéreur n'est pas traité à ce point de vue de la même manière que le donataire. Il ne doit les fruits que du jour de la demande en délaissement formée contre lui, qui l'avertit de l'insolvabilité des donataires ; jusque-là, il est de bonne foi (Cass., 15 janv. 1908, D. 1909. 1. 153. P. et S. 1909. 1. 289). Comp. en sens divers Aubry et Rau, t. VII, § 685 *ter*, note 15 ; Laurent, t. XII, n° 216 ; Demolombe, t. XIX, n° 639.

***3123. Sous-aliénations successives.** — Comment s'y prendre lorsque le donataire a aliéné en différentes fois, par parcelles, le bien qu'il avait reçu, et au profit de personnes différentes ? On procédera comme pour les donataires successifs, par ordre de dates, en faisant tomber d'abord les acquisitions les plus récentes (art. 930, *in fine*) : si le donataire n'avait consenti qu'une seule aliénation partielle, en gardant une portion d'immeuble suffisante pour répondre à l'action des réservataires, ce premier sous-acquéreur n'aurait pas été atteint par la réduction ; le donataire n'a pas pu compromettre sa position en cédant à un autre une nouvelle portion de ce qui lui restait.

3° Cas où le donataire est l'un des réservataires.

***3124. Disposition exceptionnelle en faveur des successibles.** — Pour le cas où la libéralité réductible a été faite à l'un des réservataires, il existe une disposition spéciale, l'art. 924, qui a donné lieu à de fausses interprétations[1]. Cet article permet au successible, qu'il suppose acceptant

[1] Pour en donner un exemple, aujourd'hui bien oublié, on a fait jouer à l'art. 924 un rôle dans la question du cumul. Il suppose que le donataire a accepté la succession, mais il ne le dit pas, et plusieurs s'y sont trompés. En le lisant comme s'il s'appliquait à un héritier renonçant, on y trouverait la consécration formelle du système

et gratifié par préciput, de *ne pas subir la réduction en nature* et de conserver le bien qui lui avait été donné, *à la charge de l'imputer sur sa part.*

3125. Conciliation des art. 866 et 924. — N'y a-t-il pas contradiction dans la loi ? L'art. 866 exige du successible gratifié un *rapport en nature*[1], pour tout ce qui excède la quotité disponible ; l'art. 924 l'autorise à faire son rapport *en moins prenant*, tout au moins jusqu'à concurence de sa part de réserve cumulée avec la quotité disponible. Mais la rédaction de l'art. 866 est trop absolue ; la règle est bien que le rapport des immeubles est dû en nature, mais il y a exception pour le cas où il existe dans la succession *d'autres immeubles du même genre* dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers (art. 859). L'art. 924 ne fait donc que mettre l'art. 866 d'accord avec l'art. 859. Comp. Cass., 15 nov. 1871, D. 71. 1. 281, S. 71. 1. 155.

3126. Conséquence de la réduction en moins prenant. — Comme le réservataire, qui est en même temps donataire, conserve le bien donné à titre de copartageant et jusqu'à concurrence de sa part de réserve en moins prenant, certains arrêts disent que *cette donation s'impute sur la réserve*, non pas sur la réserve prise en masse, mais sur la part qui revient au donataire (Cass., 31 mars 1885, D. 88. 5. 372. S. 85. 1. 302 ; Riom, 29 mars 1890, D. 94. 5. 456 ; Riom. 9 févr. 1895, D. 95. 2. 256, S. 95. 2. 270). Comparez ce qui a été dit ci-dessus, n° 3102, des donations imputables sur la réserve.

3127. Procédé à suivre pour la réduction en nature. — Quand l'art. 924 ne peut pas être appliqué, parce qu'il n'existe pas d'autres immeubles semblables dans la masse, le réservataire gratifié doit subir la réduction en nature. Pour ce cas, l'art. 866 indique des règles spéciales.

1° Si l'excédent réductible peut être séparé, c'est-à-dire si l'immeuble peut être *commodément partagé*, cet excédent sera rapporté *en nature*.

2° Si ce partage ne peut se faire, l'immeuble entier est rapporté à la masse, mais pour déterminer de quelle façon doit se faire ce rapport (qui est en réalité une réduction), la loi distingue :

a. — Si l'excédent réductible a moins de valeur que la portion qui doit rester à l'héritier gratifié, cet héritier est autorisé à retenir l'immeuble entier, sauf à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement.

b. — Si c'est au contraire cet excédent réductible qui fait plus de la moitié de la valeur de l'immeuble, l'immeuble doit être rapporté en totalité[2].

En d'autres termes, la loi applique ici la vieille maxime : « Major pars trahit ad se minorem. »

— L'art. 866 s'applique à la réduction des legs aussi bien qu'à la réduction des *dons*, bien qu'il parle seulement de ces derniers (Cass., 7 nov. 1906, D. 1908. 1. 309).

3128. Restitution des fruits. — L'art. 928 s'applique même au cas où le dona-

du cumul, puisqu'il permet à l'héritier de retenir sa part de réserve avec la quotité disponible. On s'en est en effet servi dans la controverse sur le cumul ; mais l'argument était faux, car il est certain que ce cumul n'est permis par le texte qu'à l'héritier *acceptant* : en effet, il ne l'autorise à conserver en nature sa part de réserve par voie de rétention sur le bien donné, qu'autant que les biens restés dans la succession sont *de même nature*, de façon qu'on puisse en former des lots semblables pour ses cohéritiers, conformément à l'art. 832. Cela suppose le *partage*, et par suite l'*acceptation*.

[1] A proprement parler, l'art. 866 ne vise pas une simple hypothèse de rapport, puisqu'il suppose que le don fait à l'un des successibles excède la quotité disponible. C'est donc d'une *réduction* qu'il s'agit, et non d'un *rapport*. Or rapport et réduction ne sont pas soumis aux mêmes règles. Il faut donc prendre ici le mot « rapport » dans un sens vague, désignant la *restitution effective à la masse* du bien atteint par la réduction.

[2] Comme on suppose qu'il s'agit d'un immeuble *non partageable*, et qu'il n'y en a pas d'autres dans la succession, le résultat pratique ordinaire sera la *licitation*, et les héritiers se partageront des sommes d'argent, à moins que l'un d'eux ne se porte adjudicataire.

taire soumis à réduction est l'un des successibles (Cass., 26 avril 1870, D. 70. 1. 359, S. 70. 1. 377). Voyez cependant Pau, 2 janv. 1871, D. 73. 2. 94, S. 72. 2. 173.

4° Répartition des parts d'insolvables.

3129. Solutions doctrinales. — Sur qui retombe la perte résultant de l'insolvabilité d'un donataire soumis à réduction ? On suppose qu'il a dissipé ou détruit les biens donnés ; souvent c'était de l'argent qu'il avait reçu et il ne peut le rendre. Dirigée contre lui, l'action en réduction ne donnera aucun résultat. Qui en souffrira ?

Théoriquement, la perte devrait être pour les réservataires. En effet, le donateur n'a pas pu porter atteinte à des donations précédentes par ses actes ultérieurs, et ses ayants cause sont dans le même cas que lui. De plus, l'art. 922 fournit un argument puissant en ce sens ; on doit estimer le patrimoine du défunt tel qu'il serait s'il n'avait pas fait de donations ; on ne doit donc pas tenir compte des dilapidations commises par les donataires. C'était le système de M. Valette. — D'autres estiment que ce serait donner au défunt le moyen pratique d'anéantir la réserve en faisant des donations à des insolvables, après avoir épuisé la quotité disponible. On propose alors de répartir la perte proportionnellement entre donataires et réservataires (Demolombe, t. XIX, n° 606). C'était l'opinion de Pothier (*Coutume d'Orléans*, introd. au tit. XV, n° 83 ; *Donations entre vifs*, sect. III, art. 5, § 5).

3130. Jurisprudence. — La jurisprudence s'est prononcée en un autre sens, elle estime que les réservataires sont toujours préférables aux donataires et elle leur permet d'agir contre les donataires antérieurs, en cas d'insolvabilité du donataire soumis à réduction (Lyon, 5 janv. et 11 août 1855, S. 56. 2. 209 et 210. Voyez cependant Amiens, 10 nov. 1853, D. 55. 2. 108, S. 54. 2. 56. Comp. pour le cas où les donataires les plus récents sont inconnus, Caen, 28 mai 1879, D. 80. 2. 49, S. 80. 1. 281 ; Cass., 11 janv. 1882, D. 82. 1. 313, S. 82. 1. 129). Cette jurisprudence s'appuie sur l'autorité d'Aubry et Rau, t. VII, § 685 *ter*, note 11, qui ne donnent point d'argument à l'appui. Ils citent en leur sens Merlin et Toullier.

D. — Fins de non-recevoir.

3131. Exceptions provenant du défunt. — L'action en réduction, étant un droit propre à l'héritier et qui ne lui vient pas du défunt, ne peut pas échouer devant des exceptions basées sur les actes du défunt. Ainsi, quoique l'enfant soit héritier pur et simple de son père, il peut attaquer une vente ou un acte à titre onéreux, comme contenant une libéralité qui porte atteinte à sa réserve, sans qu'on puisse lui opposer aucune exception de garantie ou autre (Cass., 2 févr. 1881, D. 81. 1. 181, S. 81. 1. 340).

3132. Exceptions provenant de l'héritier. — Les seules exceptions qu'on puisse opposer au réservataire sont donc celles qui sont *tirées de son fait*, qui proviennent de lui. Telles seraient :

1° Une *renonciation* expresse ou tacite ;

2° La *prescription de trente ans*, à compter de l'ouverture de la succession (Bordeaux, 4 déc. 1871, D. 73. 2. 177, S. 72. 2. 163),

3° La *prescription de dix à vingt ans*, courue au profit d'un acquéreur d'immeuble ayant juste titre et bonne foi (Demolombe, t. XIX, n° 240 ; Aubry et Rau, t. VII, § 685 *quater*, note 5. — En sens contraire, Laurent, t. XII, n° 168) ;

4° La qualité d'*enfant naturel reconnu pendant le mariage* : l'art. 337 s'oppose à ce qu'il puisse faire réduire les libéralités faites au conjoint (Demolombe, t. V, n°s 475-476).

E. — Règles spéciales aux libéralités en usufruit.

***3133. Position de la question.** — Les règles de la réduction expliquées ci-dessus supposent que les libéralités faites par le défunt portent sur la *pleine propriété*. Il se peut que ces libéralités aient eu pour objet des *droits viagers*, qui consistent

simplement dans la jouissance temporaire des biens, comme des *rentes viagères* ou des *usufruits* ; il se peut aussi, à l'inverse, que le défunt ait légué la *nue propriété*.

Comment saura-t-on alors si la quotité disponible a été dépassée ? C'est une question qui a été très discutée. On concevrait deux solutions absolues et opposées : ou bien on réduirait les libéralités dès que les biens donnés ou légués *dépassent le chiffre de la quotité disponible* soit en revenus, soit en nue propriété ; ou bien *on évaluerait la valeur vénale* du droit donné ou légué, et on ne réduirait qu'autant que ce chiffre dépasse celui de la quotité disponible.

La loi n'a adopté ni l'une ni l'autre de ces solutions, mais elle n'a prévu qu'un seul des deux cas signalés ci-dessus (art. 917). Nous avons donc à étudier, avec l'art. 917, le cas où le bien donné ou légué est un droit viager, et régler ensuite l'autre hypothèse non prévue par la loi.

1° Explication de l'art. 917.

3134. Option ouverte à l'héritier réservataire. — Une personne laisse une succession dont la quotité disponible est de 40 000 francs. Elle a légué à une ou plusieurs personnes des rentes viagères s'élevant à 3 000 francs. Il est évident que le service de ces rentes dépassera le revenu de la quotité disponible, qui rapporterait tout au plus 2 000 francs et peut-être 1 500 francs seulement. Mais comme cette charge est temporaire, et qu'elle peut prendre fin dans un avenir rapproché, il est possible qu'elle ne dépasse pas au fond la valeur du disponible. Que décide la loi ? Elle donne à l'héritier une option : il peut, à son choix, *exécuter la libéralité* telle qu'elle a été faite par le testateur ou *abandonner au légataire la quotité disponible en pleine propriété*.

3135. Son motif. — En insérant cette disposition dans la loi, on s'est proposé un double but :

1° Éviter aux parties l'estimation d'un bien viager, toujours très incertaine et qui pourrait leur causer de graves mécomptes ;

2° Assurer aux réservataires la libre disposition de leur réserve, tout en accordant aux donataires ou légataires le maximum de ce qu'ils peuvent réclamer : soit tout ce qui leur a été donné ou légué, soit tout ce qui était disponible.

La difficulté se trouve ainsi résolue de la façon la plus heureuse, car personne ne peut se plaindre, et le réservataire est constitué lui-même juge de sa propre cause. — Toutefois il faut remarquer que l'art. 917 déroge gravement au droit commun, car il transforme la nature de la libéralité, quand le réservataire ne se résout pas à l'acquitter telle quelle.

3136. Condition d'application de l'art. 917. — Pour que l'art. 917 soit applicable, il suffit que les revenus donnés ou légués excèdent ceux de la quotité disponible. C'est ainsi qu'il faut entendre le texte lorsqu'il parle d'un usufruit ou d'une rente viagère « *dont la valeur* excède la quotité disponible ». Cela ne veut pas dire qu'il faille estimer par un chiffre la valeur vénale du droit viager, puisque c'est précisément cette estimation que la loi veut éviter.

3137. Pluralité de réservataires. — Lorsqu'il y a plusieurs réservataires, chacun d'eux est libre de prendre le parti qui lui convient ; la charge du legs ou de la donation s'est partagée entre eux. Cependant s'il s'agissait de l'usufruit d'un objet indivisible, il faudrait qu'ils se missent d'accord pour exécuter le legs d'une façon ou de l'autre.

3138. Conciliation avec l'art. 1970. — Au titre « des contrats aléatoires », on voit dans l'art. 1970 qu'il y a lieu de *réduire* les rentes viagères léguées par le défunt. Ce texte semble en contradiction avec l'art. 917 d'où il résulte que l'estimation des droits viagers n'est jamais nécessaire, puisque le legs s'exécute en entier, toutes les fois que le droit du légataire ne se transforme pas en une pleine propriété. Ils se concilient cependant de la façon la plus simple, parce qu'ils ne visent pas la même hypothèse.

L'art. 917 suppose un *conflit entre le réservataire et le donataire ou légataire du droit viager* : c'est pour ne pas soumettre le droit de l'héritier aux hasards d'une évaluation qu'il lui permet d'opter comme il est dit.

L'art. 1970 suppose un *conflit entre plusieurs donataires ou légataires*. Du moment où il y a d'autres legs, et que l'ensemble dépasse la quotité disponible, il y a lieu de faire subir à tous une *réduction proportionnelle*, en vertu de l'art. 926. L'estimation du droit viager, que l'art. 917 tendait à éviter, devient ainsi nécessaire pour une autre raison.

2° Hypothèse des libéralités en nue propriété.

3139. Question. — Doit-on appliquer l'art. 917 par analogie au cas où le droit légué est une nue propriété ? La question s'est présentée devant la Cour de Rennes, en 1853 : une testatrice, ayant un enfant unique (quotité disponible : moitié de la succession), avait légué la nue propriété d'un domaine qui formait les deux tiers de sa fortune. Dans notre ancien droit Lebrun proposait de laisser l'option à l'héritier (*Successions*, liv. II, chap. III, sect. 4, n° 2), et c'est ce que décide encore M. Demolombe, qui étend l'art. 917 à cette hypothèse (t. XIX, n°s 466 et suiv.).

3140. Jurisprudence. — La Cour de Rennes avait accepté cette solution par arrêt du 27 février 1856, mais sa décision a été cassée. La Cour de cassation a décidé que l'art. 917 est une disposition exceptionnelle, qu'on ne doit pas étendre. Le légataire doit donc être réduit à la nue propriété de la quotité disponible parce que la libéralité qui va au delà entame la réserve ; d'autre part, le légataire ne peut pas demander qu'on l'indemnise en usufruit de ce qu'on lui fait perdre en nue propriété, parce qu'il ne lui a été légué que de la nue propriété et qu'il ne peut pas réclamer autre chose. L'héritier réservataire est donc quitte en abandonnant la nue propriété de la quotité disponible, dont il conservera l'usufruit (Cass., 17 juin 1857, S. 57. 1. 739 ; Cass., 6 mai 1878, D. 80. 1. 345, S. 78, 1. 319 ; Amiens, 26 févr. 1896, D. 97. 2. 198, S. 98. 1. 130). — On pourrait objecter à la jurisprudence qu'elle établit ainsi un système illogique : les deux hypothèses ne sont pas réellement distinctes : ce sont les deux faces d'une seule et même difficulté, que Lebrun étudiait en même temps et auxquelles une seule et même solution devrait être applicable.

VARIÉTÉS PARTICULIÈRES DE LIBÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE

§ 1. — *Notions préliminaires.*

3141. Observations. — Il s'agit uniquement dans ce chapitre des donations faites *par des tiers* aux futurs époux. Pour celles qui peuvent être faites *à l'un d'eux par l'autre*, voyez le chapitre suivant (nos 3197 et suiv.).

Les donations contenues dans les contrats de mariage, qu'elles soient faites aux époux par des tiers ou par l'un des époux à l'autre (comme celles dont il est traité ci-dessous aux nos 3198 à 3203), ont toujours été dispensées de la formalité spéciale imposée en principe aux donations entre vifs, et qui consiste dans la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843, art 2 ; L. 12 août 1902, modifiant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI).

** **3142. Faveur de ces donations.** — Les donations que les parents ou amis font aux futurs époux facilitent souvent la conclusion du mariage : la loi qui favorise le mariage[1] devait nécessairement encourager et faciliter ces donations qui permettent la fondation de nouvelles familles légitimes ; et elle n'y a pas manqué.

De tout temps le droit français a dérogé pour elles à la règle « Donner et retenir ne vaut », et il l'a fait d'une double manière :

1° En permettant d'y insérer des *conditions potestatives*. Voyez ci-dessous, nos 3151 et suiv.

2° En permettant de faire porter la donation sur les *biens à venir*. Voyez ci-dessous, nos 3157 et suiv.

Aussi disait-on souvent, pour faire allusion à cette exception remarquable : « Donner et retenir, *hors mariage*, ne vaut. » Cette addition à la maxime en complétait clairement le sens et en déterminait la vraie portée.

***3143. Donations faites hors contrat.** — Toutes les faveurs de la loi ne vont qu'aux donations qui sont faites aux futurs époux *dans leur*

[1] Elle en a du moins la louable intention, car beaucoup de ses dispositions ont au contraire pour résultat d'entraver les mariages.

contrat de mariage. Si une donation est faite à l'un d'eux par un acte séparé, elle reste à tous égards soumise au droit commun, et notamment elle est entièrement régie par le principe de l'irrévocabilité. C'est une vieille tradition du droit français, qui remonte au moins au XVIe siècle, que les dérogations au droit commun sont réservées aux dispositions faites « par contrat de mariage », et c'est ce que supposent les art. 1081 et 1087.

Toutefois l'art. 1088 s'exprime en termes plus généraux et vise toutes les donations faites « en faveur du mariage » sans distinction, même celles qui seraient faites par acte spécial. Mais cet article se borne à établir la *caducité de la donation* au cas où le mariage projeté ne se ferait pas. Il n'est donc que l'application du droit commun : c'est l'effet d'une condition résolutoire sous-entendue. La donation, étant faite « en faveur du mariage », est subordonnée à la condition *Si nuptiæ sequantur* ; cette condition venant à défaillir, la donation est caduque.

3144. Contradiction de la loi. — On ne saurait se dissimuler qu'il y a ici quelque chose de contradictoire dans le système de la loi. Comment peut-on considérer une donation comme caduque parce qu'elle est faite « en faveur du mariage » et refuser en même temps de lui appliquer les règles exceptionnelles faites pour cette sorte de donations ?

La contradiction s'accuse encore par ce fait que l'art. 959, placé dans une autre section, s'exprime en termes généraux comme l'art. 1088 et décide que les donations faites « en faveur de mariage » ne sont pas révocables pour ingratitude (ci-dessous, n°s 3149 et suiv.). Voilà donc une règle exceptionnelle qui s'applique au moins avec toute la largeur que la matière comporte. Pourquoi n'en est-il pas de même des autres, de celles qui sont contenues dans les art. 1081-1087 ? Il est tout à fait illogique d'attribuer à une circonstance accidentelle et de pure forme (la présence de la donation dans le contrat de mariage) la force d'entraîner la dispense d'une règle de fond, comme l'est la règle « Donner et retenir ne vaut »[1].

3145. Division. — Les donations faites par contrat de mariage sont de trois sortes :

1° *Donations de biens présents ;*

2° *Donations de biens à venir* ;

3° *Donations cumulatives de biens présents et à venir.*

La loi mentionne en outre la *donation sous condition potestative*. Cela ne fait pas une quatrième espèce ; c'est toujours l'une des trois précédentes, accompagnée seulement de modalités exceptionnelles.

Ces diverses donations sont soumises à quelques règles qui leur sont communes ; il convient de les exposer d'abord ; on verra ensuite les règles propres à chacune d'elles.

§ 2. — *Règles communes.*

A. — Dispense d'acceptation expresse.

3146. Sens de la dispense. — L'art. 1087 porte : « Les donations

[1] Quelques auteurs ont voulu justifier la loi en disant : quand la donation est contenue dans le contrat de mariage on est sûr qu'elle est faite en faveur du mariage, tandis que ce point peut rester plus ou moins dans l'incertitude si elle est contenue dans un autre acte (AUBRY et RAU, t. VIII, § 735, texte et note 4). — De deux choses l'une : ou bien on ne sait pas si la donation a été faite en faveur du mariage, et alors il ne faut lui appliquer aucune des règles propres à ce genre de donations ; ou bien on le sait, et alors il faut les lui appliquer toutes.

faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation ». Tous les auteurs modernes disent que ce texte dispense seulement la donation de la formalité d'une *acceptation expresse,* exigée en principe pour les donations par l'art. 932, mais que la donation, en sa qualité de contrat, exige essentiellement l'existence d'une acceptation au moins tacite : l'acceptation peut donc être donnée sous une forme quelconque, mais il n'y a de dérogation à la règle que pour la forme et non pour le fond.

Il n'est pas sûr du tout que tel soit le sens de la loi. L'art. 1087 a été tiré de l'art. 10 de l'ordonnance de 1731 dont il reproduit la disposition finale ; or, dans le système de l'ordonnance, la dispense s'appliquait aux art. 5 et 9 qui visaient à la fois la *nécessité* et la *forme* de l'acceptation, et les art. 11 et 12 expliquaient que la donation pouvant profiter aux *enfants à naître du mariage,* c'était l'*acceptation de ceux-ci qui n'était pas requise.* Comp. POTHIER, *Donations entre vifs,* n° 61.

B. — Caducité.

***3147. Cas où le mariage n'a pas lieu.** — Toutes les donations contenues dans un contrat de mariage sont réputées faites en vue du mariage. Elles sont donc subordonnées à la condition que le mariage sera célébré, *si nuptiæ sequantur.* La donation est caduque, si le mariage n'a pas lieu (art. 1088) ; elle l'est encore, s'il est annulé après sa séparation, à moins qu'il ne vaille comme mariage putatif.

3148. Cas où le contrat de mariage est nul. — Si la nullité atteignait seulement le contrat de mariage qui contient la donation, celle-ci pourrait survivre, le mariage étant célébré, pourvu que les conditions de formes spéciales aux donations fussent remplies, ce qui arrivera rarement. Son exécution pourra valoir comme don manuel, s'il s'agit d'argent ou de meubles corporels.

C. — Suppression de la révocation pour ingratitude.

****3149. Motifs.** — Aux termes de l'art. 959, « les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour ingratitude ». Cette exception est très remarquable, parce qu'elle est unique. Voyez ci-dessus, n° 2640. Elle est fondée sur le désir de ne pas frapper des *innocents* en même temps que le coupable : la donation faite en faveur du mariage profite au *conjoint du donataire,* et surtout aux *enfants* à naître du mariage, qui souffriraient indirectement de la révocation.

***3150. Étendue de l'exception.** — A quelles donations l'art. 959 est-il applicable ? Il vise les donations faites « en faveur du mariage » d'une manière générale ; peu importe qu'elles soient contenues ou non dans le contrat de mariage, mais il faut qu'il s'agisse d'une donation faite aux époux

par un tiers ; pour les donations faites par l'un des époux à l'autre, voyez ci-dessous, n° 3200.

D. — Dérogations au principe d'irrévocabilité

****3151. Motifs.** — Ainsi qu'on l'a déjà vu plus haut (n° 3142), la maxime « Donner et retenir ne vaut » ne s'applique que « hors mariage ». Cela signifie que les donations faites par contrat de mariage peuvent être faites avec des clauses et conditions qui sont prohibées dans les donations ordinaires, en vertu de leur irrévocabilité habituelle. La loi se relâche ici de sa rigueur, parce qu'elle veut faciliter les mariages.

L'art. 947 a déjà annoncé cette exception, que l'art. 1086 répète d'une manière plus spéciale pour les donations faites par contrat de mariage.

***3152. Conséquences.** — La dérogation est complète. En effet, outre la possibilité de faire des donations de biens à venir (ci-dessous, n°s 3157 et suiv.), la loi écarte entièrement les trois autres conséquences de l'irrévocabilité des donations. D'après l'art. 1086, sans qu'on ait à distinguer si la donation a pour objet des biens à venir ou des biens présents, il est permis :

1° *D'obliger le donataire à payer indistinctement toutes les dettes du donateur, même celles qu'il contractera dans l'avenir.* Convention contraire à l'art. 945. Voyez ci-dessus, n°s 2607-2609 ;

2° *De subordonner la donation à une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur.* Convention contraire à l'art. 944. Voyez ci-dessus, n°s 2605-2606 ;

3° *De réserver au donateur le droit de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur la valeur des biens donnés.* Convention contraire à l'art. 946. Voyez ci-dessus, n°s 2610-2611. Dans ce dernier cas si le donateur meurt sans avoir disposé de la somme ou de l'effet convenu, la donation est valable même pour cet objet ou valeur, qui reste au donataire. D'après le droit commun la donation serait nulle pour partie et le donataire n'en profiterait pas.

3153. Observation. — L'art. 1086 est rédigé d'une façon insuffisante : la première partie du texte, qui contient les deux premières dérogations, semble ne s'appliquer qu'aux *donations de biens à venir*, et la fin, qui établit la troisième dérogation, ne parle expressément que des *donations de biens présents*. Cependant sa disposition est générale et s'applique indistinctement aux trois espèces de donations possibles dans les contrats de mariage : l'art. 947 ne peut laisser aucun doute à cet égard. — La rédaction actuelle s'explique historiquement : l'art. 1086 est la reproduction de l'art. 18 de l'ordonnance qui visait exclusivement les donations de biens présents.

§ 3. — *Donation de biens présents.*

***3154. Sa nature.** — La donation faite par un tiers aux futurs époux

dans leur contrat de mariage peut avoir pour objet des *biens présents*, c'est alors une donation ordinaire, soumise aux règles générales de ce genre de donations ; l'art. 1081 le dit expressément. Voyez toutefois le n° suivant.

* **3155. Règles exceptionnelles.** — Cependant la donation de biens présents faite par contrat de mariage est soumise aux règles exceptionnelles indiquées au paragraphe précédent, et elle peut notamment être faite sous des *conditions potestatives* qui la rendent *révocable*. En ce dernier cas, elle prend un caractère particulier : elle devient *caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité* (art. 1089). Ce texte établit en effet ce cas de caducité pour les donations faites dans les termes prévus par l'art. 1086, c'est-à-dire sous des conditions potestatives.

Ce cas de caducité est de droit nouveau ; il ne figurait ni dans l'ordonnance de 1731 ni dans le projet de l'an VIII. On le voit seulement apparaître brusquement dans le texte soumis au Conseil d'État (Fenet, t. XII, p. 414, art. 167), où il semble bien être l'effet d'une erreur matérielle, car Bigot du Préameneu expliquait ce texte en disant que la caducité ne s'appliquait pas aux donations de biens présents (*ibid.*, p. 570), — En tout cas sa présence dans la loi rend inexacte la fin de l'art. 1086. Ce texte porte que les choses dont le donateur n'aura pas disposé, alors qu'il s'en était réservé le droit, « appartiendront au donataire ou à ses *héritiers* ». Cela était vrai dans le système de l'ordonnance auquel cet article a été emprunté (art. 18), parce que des héritiers quelconques pouvaient alors profiter d'une libéralité qui n'était atteinte d'aucune caducité ; mais aujourd'hui que la donation est caduque quand le donateur survit au donataire et à sa postérité (art. 1089), ce sont seulement les *descendants* du donataire qui pourront profiter des choses ou objets dont le donateur n'aura point disposé.

3156. Ses bénéficiaires. — La donation de biens présents ne peut être faite qu'*au profit des époux*, et *non au profit des enfants à naître du mariage*. L'art. 1081 le dit en termes formels, et cela était bien évident puisqu'il s'agit de faire acquérir *actuellement* un droit de propriété au donataire : les enfants à naître, qui n'existent pas encore, ne peuvent pas recevoir une pareille donation. Si la loi a cru utile de s'en expliquer, c'est pour écarter une opinion qui avait été présentée par Furgole sur l'art. 10 de l'ordonnance.

Toutefois la loi ajoute (art. 1081, al. 2) que la donation de biens présents peut avoir lieu au profit des enfants à naître, « dans les cas énoncés au chap. VI du présent titre » ; ce sera alors une *substitution permise* (art. 1048 et suiv.), mais dont l'emploi n'aura rien de spécial au contrat de mariage.

§ 4. — *Donation de biens à venir.*

(Institution contractuelle.)

3157. Bibliographie. — Eusèbe de Laurière, *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*, 2 vol., 1715. — Voir aussi Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. 2. — Bonnet, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, Paris, 1860, 3 vol. in-8. — Flavien Maury, *Étude historique sur l'institution contractuelle*, thèse, Caen, 1902.

** **3158. Définition.** — La donation de biens à venir ou institution contractuelle est peut-être la plus grande singularité du droit français. C'est une donation qui a pour objet *tout ou partie des biens que le donateur*

laissera à son décès. Elle est essentiellement quelque chose d'*hybride* ou, comme disait Furgole, d'*amphibie* : par la forme, c'est une *donation entre vifs* ; par son résultat, c'est une *libéralité de dernière volonté,* analogue à un legs en ce qu'elle permet au donataire de recueillir les biens du donateur décédé, de lui *succéder* [1]. Elle diffère toutefois du legs en ce qu'elle est *irrévocable.* Aussi Laurière la définissait-il : *un don de succession,* faisant remarquer qu'il empruntait cette expression à Cujas qui s'en était servi pour qualifier de « datio successionis » l'institution d'héritier en général (*op. cit.*, chap. II, n° 21).

3159. Terminologie. — Le Code emploie exclusivement le nom de « donation de biens à venir » ; nos anciens auteurs employaient presque toujours l'expression « institution contractuelle », qui a l'avantage d'être claire et de définir elle-même la chose qu'elle indique par ses deux traits essentiels : une *institution* (d'héritier) faite *par contrat.* Aussi dans la pratique moderne a-t-on repris l'ancien usage et se sert-on couramment du nom d' « institution contractuelle ».

On trouve aussi souvent dans les ouvrages anciens l'expression « pacte de succéder » : et d'autres encore, telles que « déclaration ou reconnaissance d'aîné », qui désignaient des variantes propres à certaines provinces.

A. — Notions historiques.

3160. Origine. — L'origine exacte de l'institution contractuelle n'est pas connue. Elle ne nous vient certainement pas du droit romain, et paraît se rattacher à de très anciennes habitudes nationales, importées probablement chez nous par l'invasion germanique [2]. Avant le XVIe siècle, les textes sont rares [3]. La plupart des coutumes l'avaient admise expressément (Bourbonnais, art. 219 à 223 ; Nivernais, *Donations*, art. 12 ; Poitou, art. 216 ; Anjou, art. 245 ; Auvergne, chap. XV ; La Marche, art. 248 et 294 ; etc.), en lui donnant toutefois des noms et des effets différents. La coutume du Berry était la seule qui la rejetât par une disposition formelle.

3161. Sa fréquence. — Depuis le XVe siècle l'institution contractuelle a joué un grand rôle en France. Aussi fut-elle conservée sans difficulté par l'ordonnance de 1731 (art. 17). D'après Laurière, l'utilité de ces conventions était surtout d'empêcher les jeunes filles qui épousaient des aînés de familles nobles d'être trompées dans leurs espérances, par une fraude que commettaient souvent les père et mère du marié, en aliénant leurs biens de leur vivant : l'institution contractuelle ou même une simple reconnaissance d'héritier contenait une *prohibition tacite d'aliéner* et assurait à l'époux la part avantageuse qui lui revenait d'après la coutume [4].

[1] Sa possibilité a été contestée en Roumanie (ALEXANDRESCO, p. 179).

[2] Voyez un texte de 1044, rapporté par Laurière (t. I, p 24-25), où l'on voit le mari donner à sa femme le quart de ce qu'il laissera en mourant. Voyez aussi la formule 47 de l'*Appendice* de MARCULF (dans ROZIÈRE, t. I, p. 175).

[3] Voyez un texte de 1437, dans BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes d'Anjou*, t. II, p. 462, n° 1242. Pour le Bourbonnais, les textes remontent à 1493 (LAURIÈRE, *Institutions contractuelles*, t. I, p. 33). Il est également question de l' « institutio heredis conventionalis facta in contractu matrimonii » dans la *Practica* de Masuer, mort après 1449 (De successionibus, n° 57).

[4] Les parents mariaient leur enfant en le « déclarant leur aîné et principal hoir » (Anjou, art. 245 ; Maine, art. 262 ; Normandie, art. 244, etc.).

3162. Sa suppression par la Révolution. — La Révolution supprima naturellement une institution aussi aristocratique (L. 6 mars 1793 ; L. 17 nivôse an II). — L'effet rétroactif de cette dernière loi lui fut retiré le 9 fructidor an III.

3163. Son rétablissement par le Code. — L'institution contractuelle a été permise par le Code dans l'intérêt du mariage, et avec raison. Une libéralité faite par testament ne conférerait aux époux qu'un droit trop fragile, étant révocable à volonté ; une donation entre vifs dépouillerait immédiatement le donateur, qui peut-être n'y peut pas consentir, ayant besoin de son bien pour vivre. L'institution contractuelle concilie tous ces intérêts opposés, elle est irrévocable comme une donation et n'entraîne aucun dessaisissement immédiat ; son effet est reculé au décès.

Elle s'est donc accommodée à nos mœurs démocratiques comme le montre la fréquence relative des arrêts qui la concernent, et elle rend de réels services, dans un milieu social bien différent de celui d'autrefois.

***3164. Controverse ancienne sur la nature de la donation.** — On a beaucoup discuté dans l'ancien droit pour savoir si l'institution contractuelle était une *donation entre vifs* ou une *donation à cause de mort*. En général on la considérait comme une donation entre vifs, parce qu'elle était irrévocable et que le trait caractéristique de la donation à cause de mort paraissait être sa révocabilité. Mais on sent bien que cette conception était l'effet de l'importance excessive attribué à la règle « Donnez et retenir ne vaut », dont on avait fait l'essence des donations ; et la classification qui résultait de là n'avait qu'une valeur toute relative et temporaire. Ainsi Laurière, en pénétrant analyste, avait bien vu que cette prétendue libéralité entre vifs qui donnait le droit de succéder appartenait plutôt à la famille des donations à cause de mort, et après avoir d'abord adopté l'opinion commune, il l'avait rejetée. Voyez dans les *Institutes* de Loysel, édit. Laboulaye, t. I, p. 301, note 1 et p. 302, note 2 ; et LAURIÈRE, *Institutions contractuelles*, t. I, p. 48.

Cependant l'opinion traditionnelle, représentée par Pothier (*Coutume d'Orléans*, Introd. au titre XVII, appendice n° 18), s'est maintenue dans notre droit moderne. On en conclut notamment :

1° Que la capacité nécessaire est la capacité de faire une donation et non la capacité de faire un testament. Voyez ci-dessous, n° 3166 ;

2° Que cette capacité doit exister *au moment de la donation* aussi bien chez le donataire que chez le donateur ;

3° Que s'il y a lieu de réduire les libéralités faites par le défunt sur la demande de ses héritiers réservataires, les institutions contractuelles seront réduites à leur date, comme donations entre vifs et ne pourront être atteintes qu'après toutes les libéralités testamentaires et les libéralités entre vifs de date plus récente (art. 923).

Ces solutions sont justes, mais détruisent-elles les observations de Laurière ? L'institution contractuelle n'est-elle pas une donation à cause de mort d'un genre à part, un *acte entre vifs* qui opère une *transmission par décès* ? Elle est tout au moins de nature mixte.

B. — Dans quel acte elle peut être faite.

***3165. Son caractère exceptionnel.** — L'institution contractuelle déroge à la fois à la règle « Donner et retenir ne vaut » et à la prohibition des pactes sur succession future (art. 1130), car elle donne à la personne qui la reçoit des droits semblables à ceux d'un héritier. Aussi est-elle d'interprétation stricte, comme toutes les institutions juridiques dont la nature est exceptionnelle.

De là nous tirerons une première conclusion : elle ne peut être faite que *par contrat de mariage* (art. 1082 et art. 947 cbn).

Même faite en faveur du mariage, elle ne pourrait pas être contenue dans un acte isolé de donation, à moins qu'on ne prît la précaution de rédiger cet acte sous la forme d'une addition ou *contre-lettre* au contrat de mariage.

Jusqu'à la Révolution, il a été permis en Auvergne de faire des institutions contractuelles dans les associations universelles.

C. — Par qui elle peut être faite.

***3166. Personnes pouvant donner.** — L'institution contractuelle peut être faite soit par un *étranger*, soit par un *parent* des époux, *ascendant* ou *collatéral* (art. 1082, al. 1).

Capacité. — La capacité requise est la *capacité de donner entre vifs* et non la capacité de tester. Les donations de biens à venir sont des donations, ainsi que l'indiquent leur nom et la place qu'elles occupent dans le Code. Cette observation a son importance, car la femme mariée ne peut donner sans autorisation et elle peut faire seule son testament ; il lui faudra donc l'autorisation de son mari pour faire une institution contractuelle ; pour la même raison un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire ne pourra faire seul une institution contractuelle, bien qu'il puisse tester (Cass., 21 juin 1892, D. 92. 1. 369, S. 94. 1. 449).

***3167. Interprétation de la volonté des parties.** — Il arrive souvent que la nature d'une donation faite dans un contrat de mariage n'apparaît pas nettement, et qu'on se demande si elle constitue une donation de biens présents ou une donation de biens à venir. Il en est ainsi surtout quand l'objet donné est un usufruit, ou une rente, ou une somme à prendre sur la succession du donateur.

Comme l'époux donataire a déjà la jouissance en commun avec son conjoint de tous les revenus du ménage, une pareille donation, interprétée comme donation de biens présents, serait pour lui de peu d'utilité ; aussi

admet-on que, s'il y a doute, les tribunaux doivent voir dans ces libéralités des donations de biens à venir (Bourges, 18 févr. 1908, D. 1912. 2. 111, et les renvois).

D. — Biens pouvant être donnés.

*3168. **Généralité du texte.** — La loi permet de donner de cette façon *tout ou partie* des biens à venir (art. 1082, al. 1), ce qui s'entend de la manière suivante. L'institution peut avoir pour objet :

1° L'*universalité* des biens du disposant ;

2° Une *fraction aliquote* de ces mêmes biens ;

3° *Un* ou *plusieurs biens déterminés*. Il est rare qu'on voie faire une disposition de ce genre pour un bien en nature, mais il est assez fréquent de rencontrer une institution contractuelle faite pour *une somme fixe*, à prendre « sur les plus clairs deniers de la succession du donateur » (Rouen, 11 juil. 1856, D. 57. 2. 109, S. 57. 2. 359 ; Bordeaux, 6 avril 1892, D. 93. 2. 274 ; Trib. de Brignoles, 8 févr. 1898, D. 1901. 2. 36).

Dans les deux premiers cas, le bénéficiaire est institué *à titre universel* ; dans le troisième, il l'est *à titre particulier*. Distinction qui a de l'intérêt, pour le paiement des dettes de l'instituant ; on sait que l'ayant cause à titre particulier ne les supporte pas.

E. — Bénéficiaires de l'institution.

*3169. **Les époux.** — Généralement l'institution contractuelle est faite au profit d'*un seul des deux futurs époux,* pour lequel le disposant nourrit une affection particulière. Rien n'empêcherait toutefois de la faire *en double,* au profit de chacun d'eux, mais alors il y en aurait deux au lieu d'une. Il est plus évident encore que deux institutions contractuelles peuvent être faites dans le même contrat de mariage par deux personnes différentes, ou par un plus grand nombre, soit au profit du même époux, soit au profit de l'un et de l'autre.

3170. **Enfants à naître du mariage. — Une institution contractuelle faite au profit de l'un des époux est toujours *présumée faite également au profit des enfants à naître du mariage* (art. 1082, al. 2). La loi suppose donc que le contrat renferme une *substitution tacite* au profit des enfants. C'est en effet conforme à l'intention habituelle des parties : le disposant veut aider à la fondation d'une famille nouvelle, il pense aux enfants non moins qu'aux époux.

Il résulte de cette substitution, expresse ou tacite, que si le donataire meurt avant le donateur, la libéralité ne sera pas perdue pour ses enfants qui pourront en recueillir le bénéfice à sa place. Mais ce n'est là qu'une présomption de volonté; et s'il le veut, le donateur peut exclure les enfants du bénéfice de l'institution, de sorte qu'ils n'en pro

fiteront qu'indirectement, si celui de leurs parents qui est donataire a lui-même survécu au donateur.

La possibilité de comprendre dans l'institution contractuelle les enfants à naître du mariage déroge à une des grandes règles des donations entre vifs, d'après laquelle il faut être *tout au moins conçu au jour de la donation* pour pouvoir en profiter (art. 906 et ci-dessus, nos 2911 et suiv.).

3171. Enfants légitimés. — Les enfants déjà nés, qui se trouvent légitimés par le mariage, sont assimilés aux enfants à naître du mariage, bien que déjà nés : la loi ne parle que des enfants à naître, parce que l'existence d'enfants nés avant le mariage et légitimés par lui est une exception ; mais il n'y a pas de différence à faire entre les deux catégories.

3172. Enfants nés d'un autre mariage. — L'institution contractuelle, faite en vue d'un mariage déterminé, ne peut profiter à des enfants nés d'une autre union, antérieure ou postérieure. Ces enfants ne pourraient même pas y être compris par une clause expresse, que la loi n'a pas autorisée (Dijon, 29 janv. 1868, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 157, note 1, S. 68. 2. 306).

3173. Question. — Serait-il permis d'instituer contractuellement les enfants à naître du mariage, sans instituer les époux eux-mêmes ? La plupart des auteurs décident négativement ; il leur semble que les enfants sont admis à bénéficier de la libéralité seulement à titre de substitués, et que la donation doit être faite en première ligne à l'un des époux (Huc, t. VI, no 457). Cependant la loi ne dit rien de pareil. On y voit simplement que la donation peut être faite « tant au profit des époux qu'au profit des enfants », ce qui met évidemment les deux catégories de personnes sur un pied d'égalité. Or dans l'ancien droit il était permis d'adresser la libéralité *uniquement aux enfants à naître*. Voyez la définition de Pothier : « la donation que quelqu'un fait de sa succession.., par contrat de mariage, à l'une des parties contractantes ou aux enfants qui naîtront du futur mariage » (*Coutume d'Orléans*, Introd. au titre XVII, appendice no 17). La Cour de cassation a reconnu cette liberté que l'ancien droit laissait au disposant (Cass., 10 juill. 1888, D. 90. 1. 57, S. 90. 1. 517). Le texte de la loi laisse la question douteuse, et ses rédacteurs ne semblent pas l'avoir prévue (Fenet, t. XII, p. 569). En fait les institutions contractuelles sont presque toujours faites au profit de l'un des époux, et on ne voit pas quelle bonne raison le donateur peut avoir pour exclure l'époux en réservant ses largesses à des enfants à naître, pour lesquels il ne saurait avoir encore aucune affection.

3174. Anciennes clauses d'association. — Il ne peut pas y avoir d'autres bénéficiaires de l'institution que les époux et leurs enfants. Autrefois il était permis d'*associer* un tiers au bénéfice de la libéralité, par exemple un frère ou une sœur de l'institué, avec qui celui-ci était obligé de partager. Pareille clause serait nulle aujourd'hui, et la part attribuée à ce tiers resterait en réalité dans la succession ab intestat du disposant et profiterait à tous ses héritiers légitimes indistinctement.

F. — Effets antérieurs à l'ouverture de la succession.

1o Situation de l'instituant.

****3175. Conservation de la propriété.** — C'est une *donation de succession* qui a été faite, et cette succession n'est pas encore ouverte. Par conséquent il ne s'opère *aucune transmission immédiate de propriété* ; jusqu'à sa mort l'instituant reste propriétaire de tous ses biens.

***3176. Dispense de transcription.** — De ce premier caractère résulte une conséquence importante : *l'institution contractuelle,* n'étant pas translative à la façon des actes entre vifs, *n'a pas besoin d'être transcrite* ; les

art. 939 et suiv. ne lui sont pas applicables (Cass., 15 mai 1876, D. 77. 1. 195). Comp. AUBRY et RAU, t. VIII, § 739, notes 13 et 14.

Dans l'ancien droit les donations faites par contrat de mariage en ligne directe étaient dispensées de l'insinuation (Ord. de 1731, art. 19 et 20) et on avait beaucoup discuté à cette occasion (voyez FURGOLE, sur l'art. 19).

***3177. Atteinte au droit de disposer.** — Cependant l'institution contractuelle produit pour celui qui l'a faite une grave conséquence : *il ne peut plus faire de dispositions gratuites*, entre vifs ou par testament, à quelque titre que ce soit, au préjudice de l'institué ; toutes les libéralités lui sont interdites, sauf « pour *sommes modiques*, à titre de récompense ou autrement » (art. 1083)[1]. Ces mots réservent au disposant le droit de faire de menues libéralités, soit pour œuvres pies, comme on disait autrefois, soit à titre rémunératoire, soit enfin comme cadeaux ou présents imposés par l'usage, les relations de famille ou les convenances mondaines. Quant à la « modicité » des sommes, la loi n'a fixé aucun chiffre et ne pouvait pas le faire : tout ici est relatif, et doit être apprécié en fait et dans chaque espèce, d'après la fortune du disposant.

L'instituant conserve intact le droit de *disposer à titre onéreux* : il peut vendre, échanger, hypothéquer ses biens, les grever de servitudes, absorber son actif par des dettes, etc. — Cette liberté d'action pour les conventions à titre onéreux lui permet en fait des fraudes contre l'institué : par exemple une vente cachera facilement une donation faite à une tierce personne. Si la fraude est prouvée, l'acte sera annulé.

2° Situation de l'institué.

****3178. Assimilation avec un réservataire.** — En d'autres termes, et en combinant tout ce qui vient d'être dit, on voit que l'institué se trouve exactement *dans la situation d'un héritier à réserve*, protégé d'une manière absolue contre les dispositions gratuites, mais contre celles-là seulement.

Cette situation privilégiée, qui résulte pour lui de l'institution dont il a bénéficié, est *irrévocable* comme tout contrat et ne peut lui être enlevée par aucun moyen (art. 1083).

Pendant la vie du donateur, l'institué ne peut pas faire d'actes conservatoires de son droit[2], ni critiquer les aliénations gratuites faites par l'instituant, car il n'a qu'un simple *droit éventuel*, dont l'ouverture est encore

[1] Cependant lorsque la première institution contractuelle a pour objet une somme d'argent, et que le même donateur en fait une seconde portant sur des immeubles déterminés, cette dernière s'exécute aux dépens de la première, si les immeubles donnés se trouvent en nature dans la succession (Bordeaux, 14 déc. 1911, D. 1912. 2. 281, et la note de M. de Loynes). Cette solution paraît discutable car elle méconnaît l'assimilation de l'institué avec un réservataire.

[2] Voyez cependant Cass., 22 janv. 1873, D. 73. 1. 473, S. 73. 1. 57.

incertaine : on n'est pas sûr qu'il survive au donateur et que l'institution produise jamais son effet. Il doit donc attendre le précédès du donateur ; c'est la situation qui est faite aux véritables héritiers, même réservataires.

3179. Incessibilité du droit. — On se demande si l'institué contractuel peut céder son droit. Comme il le tient d'un contrat, il semble que cette faculté doive lui être reconnue, la loi ne l'en ayant pas privé. Mais il faut se rappeler que son droit est un *droit de succession* et que la loi interdit toute convention ayant pour objet la cession d'une succession non encore ouverte (art. 791, 1130 et 1600).

L'incessibilité du droit empêche les créanciers de le saisir (Paris, 9 févr. 1875, D. 75. 2. 155).

G. — Ouverture et effets de l'institution contractuelle.

***3180. Condition.** — Pour que l'institution contractuelle produise ses effets, il faut qu'au moment du décès du donateur, le donataire, ou l'un au moins de ses descendants, soit encore vivant et capable de succéder au défunt.

***3181. Ouverture au profit des enfants.** — Quand le donataire est prédécédé, le droit de recueillir la succession de l'instituant s'ouvre au profit de ses enfants ou descendants issus du mariage. Ceux-ci en recueillent alors le bénéfice *de leur chef* ; ils ne viennent pas comme héritiers de leur père ou de leur mère prédécédée, ils sont eux-mêmes donataires de l'instituant, bien qu'ils ne fussent encore ni conçus ni nés au jour de la donation (ci-dessus, n° 3170).

De là découlent plusieurs conséquences :

1° Ils peuvent recueillir les biens compris dans l'institution contractuelle, bien qu'ils aient eux mêmes renoncé à la succession de leurs parents ;

2° Ils peuvent les recueillir de même, bien que leurs parents soient encore vivants et y aient renoncé ; la renonciation des parents ne peut pas priver les enfants d'un droit qui leur appartient en propre. L'art. 1082, al. 1er, n'a prévu que le cas de prédécès de l'époux donataire, parce que c'est le fait qui donne ordinairement ouverture au droit des enfants, mais on ne peut tirer de là un argument a contrario pour refuser à ceux-ci le droit d'accepter après la renonciation du donataire en première ligne.

3182. Option de l'institué. — Quand la succession du donateur est ouverte, l'institué, qui est un véritable *héritier contractuel*, est admis à se prononcer de la même façon qu'un successible appelé par la loi ou par le testament du défunt : il peut ou *répudier* ou *accepter*, et s'il accepte, il peut le faire *sous bénéfice d'inventaire*, quand il a des doutes sur la solvabilité du défunt. Son option à cet égard est de tous points semblable à celle d'un héritier ordinaire.

On s'étonnera peut-être qu'il ait à ce moment la possibilité de répudier, après avoir accepté au temps de son mariage la donation qu'il recueille aujourd'hui. Mais ce qu'il a accepté tout d'abord, c'est seulement le *titre* qui lui conférait *les droits d'un héritier* ; or ce titre comporte essentiellement avec lui *le droit d'option* qui laisse à l'héritier toute sa liberté, et ce qu'il refuse aujourd'hui de faire, c'est d'exercer son droit.

Toutefois, quant aux *formes*, on n'applique pas aux institués contractuels les mêmes règles qu'aux héritiers ab intestat ; ainsi on ne les oblige pas à *renoncer au greffe* (Cass., 24 nov. 1857, D. 57. 1. 425 ; Cass., 29 mai 1888, D. 89. 1. 349). Il y a pourtant controverse en doctrine sur ce point ; voyez à ce sujet la note du *Dalloz*, 1909. 2. 210, et ci-dessus, n° 2731.

3183. Acquisition de la propriété. — En acceptant la succession du défunt, ou la partie de cette succession qui lui est attribuée, l'institué en devient propriétaire de la même façon qu'un héritier, c'est-à-dire *avec effet rétroactif au jour du décès.*

3184. Saisine de l'institué. — L'institué est-il obligé de demander la délivrance aux héritiers saisis, ou bien est-il lui-même saisi de plein droit de la part qui lui revient? Dans l'ancien droit, on le considérait généralement comme un vrai héritier, ayant la saisine en vertu de la maxime : « Le mort saisit le vif ». Plusieurs coutumes, entre autres celles d'Auvergne et de Nivernais, le disaient formellement.

Sous l'empire du Code, la question est vivement controversée. On doit décider que le *donataire de biens à venir* a la saisine dans le cas où l'aurait le *légataire*, c'est-à-dire quand son titre est universel et qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve (art. 1006). Hors ce cas, la saisine lui est refusée et il est obligé de demander la délivrance à ceux qui possèdent la succession.

Toutefois beaucoup d'auteurs lui permettent, quoique non saisi, de réclamer les fruits dès le jour du décès et d'exercer immédiatement les actions possessoires et pétitoires : ces fruits et ces actions lui appartiennent en vertu d'un contrat.

***3185. Dettes du défunt.** — La question de savoir si l'héritier contractuel est tenu de payer les dettes *ultra vires successionis*, quand son titre est universel, dépend du parti que l'on prend sur l'origine de cette obligation illimitée ; si on la rattache à la saisine, le donataire de biens à venir ne sera tenu *ultra vires* que dans le cas unique où il est saisi ; si on la fait dépendre du caractère universel de la succession, il le sera toutes les fois qu'il ne sera pas appelé à recueillir un bien ou une somme à titre particulier. Voyez l'examen de cette question ci-dessus, nº 2766.

***3186. Action en restitution contre les donataires postérieurs.** — Cette action est la sanction de son droit : toute donation postérieure à son contrat de mariage peut être attaquée par l'institué contractuel quand elle porte atteinte à son droit. La quotité pour laquelle il a été institué est considérée comme une *réserve*, qui rend *réductibles* les libéralités qui y portent atteinte.

En principe l'action ouverte à l'héritier contractuel est la *revendication*. Dans les cas où cette action est impossible, elle est remplacée par une *action personnelle en restitution*. Dans l'un et l'autre cas, l'action dure trente ans.

3187. Cas où la donation a pour objet une créance. — Pour déterminer ces effets de l'institution contractuelle, on raisonne sur le cas où la donation a pour objet les biens en nature. Si elle porte sur *une somme d'argent* payable au décès du disposant, le donataire est alors *dans la situation d'un créancier*, et il peut poursuivre les successeurs du défunt, même au delà des forces de la succession (Besançon, 8 juin 1898, D. 99. 2. 143).

H. — Des promesses d'égalité.

3188. Notion et effets. — Assez souvent, en mariant un de ses enfants, le père lui promet, dans son contrat de mariage, de ne pas rompre l'égalité à son préjudice entre lui et ses frères et sœurs. Cette promesse, appelée « promesse d'égalité », est une espèce particulière d'institution contractuelle. — Exemples : Cass., 10 mars 1884, D. 85. 1. 108, S. 85 1. 351 ; Cass., 22 févr. 1887, D. 88. 1. 128 : Limoges, 23 mai 1888, D. 90. 2. 79 ; Orléans, 30 mars 1892, D. 93. 2. 330 ; Cass., 19 mars 1912, P. et S. 1914. 1. 141.

Le père conserve la liberté de disposer de la quotité disponible *au profit d'un étranger*, car, s'il le fait, il ne rompt pas l'égalité entre ses enfants. Il peut même modifier la situation respective de ses autres enfants, pourvu qu'il laisse à celui qui a reçu la promesse d'égalité sa part entière. Si nous représentons la fortune du père par 12 et si nous supposons qu'il a trois enfants, la part naturelle de l'enfant institué est de 4 ; il reste 8 pour ses deux frères, mais le père peut donner 5 à l'un de ceux ci et 3 seulement à l'autre : l'égalité est rompue, mais elle ne l'est pas au préjudice de l'enfant bénéficiaire de la promesse.

Il ne peut donc pas se plaindre ; il ne le pourrait que si on lui avait promis une part égale à celle du plus favorisé.

Les promesses d'égalité ont l'avantage de laisser un peu plus de latitude au disposant, en lui réservant plus de liberté au profit des étrangers, qu'il n'en aurait à la suite d'une institution contractuelle.

3189. Bibliographie. — Navières du Treuil, *Étude historique et juridique sur la promesse d'égalité*, thèse, Paris, 1907.

§ 5. — *Donation cumulative de biens présents et à venir.*

3190. Ancien droit. — Autrefois la donation cumulative était comprise diversement par les jurisconsultes du Midi et par ceux du Nord. Dans le Midi, on disait : c'est une *double donation* qui comprend tout à la fois des biens présents et des biens à venir. Pour les biens présents, elle produit l'effet ordinaire des donations, qui est le transfert immédiat de la propriété ; pour les biens à venir, elle vaut comme institution contractuelle (Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonnance).

Tout autre était le point de vue des pays coutumiers. On y voyait une *libéralité unique*, qui conférait au donataire lors du décès du donateur une *option* entre une donation de biens présents et une donation de biens à venir. L'acceptait-il comme donation de biens à venir ? Il prenait tous les biens existants au jour du décès et payait toutes les dettes. Préférait-il la prendre comme donation de biens présents ? Il n'avait droit qu'aux biens existants au jour de la donation et ne payait pas les dettes contractées depuis lors (Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd. au tit. XV).

En d'autres termes, pour les pays du Midi, il y avait deux libéralités produisant leurs effets cumulativement ; pour les pays coutumiers, il n'y en avait qu'une, selon l'option du donataire. C'est ce dernier système qui est devenu celui du Code [1].

***3191. Condition nécessaire.** — Pour accorder cette option au donataire, la loi exige une condition dont la nécessité est facile à comprendre : il faut qu'un *état des dettes et charges* existantes au jour de la donation soit annexé à l'acte (art. 1084). Si cette précaution a été omise, le droit d'option disparaît et la libéralité ne peut plus valoir que comme donation de biens à venir, car il serait impossible de démêler parmi les dettes celles qui sont antérieures à la donation (art. 1085). Comp. Cass., 13 nov. 1861, D. 62. 1. 26.

3192. Effets de la donation pendant la vie du donateur. — Tant que le donateur vit, le donataire n'a pas plus de droits qu'un institué contractuel ordinaire. *Le donateur reste propriétaire* ; il peut aliéner et disposer de son bien, comme si la donation ne portait que sur les biens à venir, sauf l'effet rétroactif de l'option pour les biens présents que pourra faire plus tard le donataire et qui lui donnera le droit de critiquer certaines aliénations faites par l'instituant.

3193. Option pour la donation de biens à venir. — Si la

[1] Il est bien clair qu'il n'est pas interdit au disposant de faire à la fois deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir : rien ne l'empêche de cumuler ces deux sortes de libéralités comme on le faisait jadis dans le Midi. Comp. Cass., 22 nov. 1881, D. 82. 1. 216.

donation est acceptée comme donation de biens à venir, le donataire se trouve à tous égards dans la situation d'un héritier contractuel : il pourra accepter sous bénéfice d'inventaire ; sinon il sera tenu de toutes les dettes du défunt, même postérieures à la donation, en supposant qu'il ne soit pas institué seulement pour un bien particulier, ou pour une somme fixe.

De plus, il pourra attaquer, comme tout institué contractuel, les donations postérieures à la sienne et qui porteraient atteinte à son droit ; mais il devra respecter les aliénations à titre onéreux non frauduleuses.

3194. Option pour la donation de biens présents. — Si le donataire juge que l'état des affaires du donateur a empiré depuis le jour de la donation, il peut déclarer qu'il s'en tient aux biens présents. Cette faculté extraordinaire concédée au donataire par l'art. 1084 est le grand avantage de cette combinaison : elle permet d'échapper à certains risques de mauvaise fortune qui peuvent atteindre le donateur après le mariage. Par conséquent, quand il déclare « s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur », comme le dit la loi, le donataire ne diminue pas en réalité l'émolument de la libéralité qu'il a reçue : loin de renoncer à un actif postérieur en date à son mariage, il se décharge bien plutôt du passif créé depuis lors.

Dans ce cas, il prend les biens existants au jour de la donation et ceux-là seulement, mais il y trouve un double avantage :

1° *Il n'a pas à subir l'effet des aliénations à titre onéreux consenties par le donateur,* car il est réputé avoir été propriétaire de ces biens-là dès le jour de la donation.

2° *Il est déchargé de tout le passif postérieur en date* et n'est tenu de payer que les dettes constatées dans l'état dont il a été parlé ci-dessus, au n° 3191, et dont la confection est la condition indispensable de son option en ce sens.

3195. Formalités de la donation de biens présents. — Quand le donataire veut exercer ses droits en vertu d'une donation de biens présents, celle-ci ne peut valoir qu'à la condition que toutes les formalités qui lui sont propres aient été remplies. Outre l'état des dettes mentionné au n° 3191, ces formalités sont :

1° *Un état estimatif du mobilier,* conformément à l'art. 948. Voyez cependant sur ce point LAURENT, t. XV, n° 261.

2° *La transcription,* quand la donation a pour objet des immeubles. La dispense accordée aux donations de biens à venir, qui sont des donations de succession, n'a plus de raison d'être quand le donataire réclame seulement les biens présents. Faute de cette transcription, le donataire ne pourrait faire valoir ses droits contre les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires qui auraient fait transcrire ou inscrire leurs titres.

3196. Caducité de la donation. — En somme, la donation cumulative est une institution contractuelle, pouvant se transformer à la volonté du donataire en une donation de biens présents. On comprend donc que la loi ait établi pour elle la même cause de caducité que pour les donations ordinaires de biens à venir : elle devient *caduque par le prédécès du donataire* (art. 1089). Mais, comme la donation de biens à venir pure et simple, la donation cumulative est présumée faite en faveur des enfants à naître du mariage en même temps qu'en faveur des époux.

CHAPITRE II

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

3197. Objet de ce chapitre. — Dans le chapitre IX du titre « Des donations » (art. 1091-1100), le Code a réglé trois choses : 1° les donations *entre futurs époux par contrat de mariage* ; 2° les donations *entre époux pendant le mariage* ; 3° la *quotité disponible entre époux*.

§ 1. — *Donations entre futurs époux par contrat de mariage.*

****3198. Diverses donations permises.** — Dans leur contrat de mariage, les futurs époux peuvent se faire entre eux, soit tous deux réciproquement, soit l'un d'eux seulement au profit de l'autre, *les mêmes donations qu'un tiers pourrait leur faire* : donations de biens présents ; donations de biens à venir ; donations cumulatives (art. 1091). Toutes ces libéralités sont possibles sous des conditions semblables, même potestatives ; elles produisent des effets semblables, sous les seules modifications indiquées dans les numéros qui suivent.

Conséquence relative a l'hypothèque légale. — Le droit de la femme donataire de biens à venir étant de la même nature que celui d'un héritier, il semble que cette expectative ne soit pas garantie par son hypothèque légale, et telle était l'opinion anciennement dominante (Demolombe, *Donations*, t. VI, n° 415 ; Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 770 ; Cass., 16 mai 1855, D. 55. 1. 245). Mais la solution contraire prévaut aujourd'hui, parce que toutes les créances de la femme sont garanties par son hypothèque légale et qu'elle tient son droit d'un contrat qui l'a rendue créancière du mari (Grenoble, 19 déc. 1893, D. 95. 2. 140 ; Bourges, 18 févr. 1908, D. 1912. 2. 111 ; Rouen, 18 juin 1913, P. et S. 1914. 2. 151 ; De Loynes, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 985). Voyez toutefois ce qui est dit ci-dessous,

pour une restriction grave apportée à l'efficacité de l'hypothèque légale pour ces donations.

Lorsque la donation de biens à venir faite à la femme par son mari a pour objet une somme d'argent, la femme peut certainement faire valoir son hypothèque légale contre les autres créanciers. Mais, comme la donation de biens à venir ne prive pas le donateur du droit de disposer à titre onéreux des biens qui en font l'objet, cette hypothèque ne peut pas être opposée par la femme aux ayants cause à titre onéreux de son mari, notamment à l'acheteur d'un immeuble vendu par lui (Cass., 12 mai 1875, D. 75. 1. 347 ; Toulouse, 30 juill. 1888, D. 89. 2. 25 ; Bourges, 18 févr. 1908, D. 1912. 2. 111).

* **3199. Intransmissibilité aux enfants.** — La donation de biens à venir, soit simple, soit cumulative, n'est pas transmissible aux enfants à naître du mariage (art. 1093). Non seulement cette transmission n'a pas lieu de plein droit, mais elle ne peut pas être stipulée par une clause expresse. C'est là une grave différence entre la donation faite par un tiers et la donation faite par le conjoint : dans la première, la substitution des enfants est sous-entendue et elle peut être écartée ; dans la seconde, elle n'est pas sous-entendue, et elle ne peut pas être ajoutée.

Le motif de cette différence est facile à comprendre. Quand la donation émane d'un tiers, ni l'autre époux ni les enfants qui naîtront du mariage ne succéderont au donateur ; les enfants ne peuvent donc espérer recueillir les biens de celui qui fait la donation que s'ils sont eux-mêmes considérés comme donataires : de là la facilité avec laquelle la loi les comprend dans la donation, par une interprétation toute naturelle de la volonté du disposant [1]. Mais quand la donation est faite par l'un des époux à l'autre, les enfants n'ont pas besoin d'être eux-mêmes donataires pour succéder au donateur, quand c'est lui qui survit : ils sont ses propres enfants, héritiers appelés en première ligne et en qualité de réservataires ; ils viennent donc à sa succession par la loi et n'ont pas besoin pour cela de la donation qui n'a vraiment de raison d'être qu'au profit de l'autre époux.

* **3200. Révocation pour ingratitude.** — On a vu que les donations faites par des tiers aux époux en faveur du mariage ne sont pas révocables pour ingratitude, parce que la loi craint de frapper les enfants en enlevant le bénéfice de la libéralité à l'époux ingrat (ci-dessus, n° 3149). Cette disposition exceptionnelle s'applique-t-elle également aux donations qui sont faites par l'un des époux à l'autre ? A ne consulter que le texte de l'art. 959, on devrait répondre affirmativement, car il y est dit que « les donations *en faveur de mariage* ne seront pas révocables pour ingratitude. » Ces termes si généraux n'annoncent aucune exception, et les donations faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage sont certainement faites « en faveur du mariage ». — Cependant les motifs de la loi font ici absolument défaut. La révocation ne nuira pas aux enfants, qui sont également héritiers de leurs deux parents et qui retrouveront, un peu plus tôt ou un peu plus tard, dans la succession de l'époux donateur tout ce dont l'époux

[1] Ce raisonnement suppose que l'institution contractuelle est faite par un étranger ou par un parent collatéral ; il ne marche plus lorsque le donateur est le père de l'époux institué, car les enfants à naître du mariage seront ses petits-enfants et lui succéderont soit de leur chef, soit par représentation de leur père.

donataire aura été privé. Aussi est-il admis que ces donations peuvent être révoquées pour ingratitude comme des donations ordinaires (Cass., 16 févr. 1874, D. 74. 1. 197). — La demande doit être formée dans l'année sous peine de déchéance (Cass., 22 juin 1897, D. 97. 1. 559).

Cette question se présente assez rarement. Quand la mésintelligence se met entre les époux, l'un d'eux demande la séparation de corps ou le divorce, et sa demande est ordinairement fondée sur des injures graves ou sur un adultère qui n'est qu'une sorte d'injure. Or, quand la séparation ou le divorce est prononcé, l'époux reconnu coupable perd *de plein droit* tous les *avantages* que l'autre lui avait faits (art. 299 et 1518). Parmi les « avantages » perdus figurent en première ligne les donations. Il faut donc supposer la mort de l'un des époux (comme dans l'affaire Jaylé soumise en 1874 à la Cour de cassation) pour voir une demande en révocation de donation formée indépendamment d'une demande en séparation ou en divorce.

3201. Irrévocabilité malgré la survenance d'enfants. — L'art. 960, qui établit cette cause de révocation, dit que « toutes donations demeureront révoquées... autres que celles qui auraient été faites par les conjoints l'un à l'autre ». Il y a donc ici une exception formelle admise par la loi pour les donations entre futurs époux[1].

Cette exception a été introduite pour un motif fort discutable. Pothier l'expliquait en disant que ce n'était pas la peine de faire revenir les biens au donateur pour que l'enfant les retrouve dans sa succession, puisqu'il devait les trouver tout aussi bien dans la succession du donataire, dont il est également héritier. Ce motif est sans doute celui de la loi, car il n'en existe pas d'autre. Il est cependant insuffisant : il peut arriver que le mariage se dissolve sans enfants, et que le donateur se remarie et ait un enfant de son second mariage ; cet enfant ne pourra pas demander la révocation de la donation ; le texte, qui est absolu, l'en empêche, et cependant il ne succédera pas à l'époux donataire si cet époux est divorcé, ni à ses héritiers, s'il est prédécédé. La loi n'a pas prévu cette hypothèse exceptionnelle dans laquelle son système est en défaut.

3202. Capacité. — Par faveur pour le mariage, la loi déroge ici au droit commun. Un *mineur* ne peut pas faire de donations (art. 903 et 904) ; mais quand il s'agit de son contrat de mariage et de libéralités à faire à son futur conjoint en vue du mariage, la loi lui permet de faire *les mêmes donations que s'il était majeur*, pourvu qu'il soit régulièrement autorisé des personnes qui doivent l'assister dans son contrat de mariage (art. 1095 et 1398). Il y a là une *extension de capacité* tout à fait remarquable, mais très justifiée. Voyez ci-dessus, n°s 2895 et suiv. — A défaut d'une autorisation régulière, il y a nullité de la libéralité par application de l'art. 1398 (Cass., 30 nov. 1908, P. et S. 1914. 1. 380).

3203. Caducité par le prédécès du donataire. — Les donations de biens à venir faites entre futurs conjoints sont caduques par le prédécès du donataire ; c'est le droit commun pour ce genre de donations. Celles de biens présents échappent à cette cause de caducité, à moins qu'on ne l'ait expressément établie. C'est encore le droit commun ; et si l'art. 1092 s'en est expliqué formellement, c'est pour écarter une ancienne opinion, défendue par Furgole, d'après laquelle la condition de survie aurait été sous-entendue dans la donation des biens présents faite entre futurs époux.

Les époux ont du reste la faculté d'insérer cette condition dans la donation, et la juris-

[1] On peut remarquer à ce sujet qu'il y a pour deux causes de révocation (l'ingratitude et la survenance d'enfants) une antithèse complète entre les donations par contrat de mariage, selon qu'elles sont faites par un tiers ou par l'un des futurs époux : faite par un tiers, la donation n'est pas révocable pour ingratitude, mais elle l'est pour survenance d'enfant ; faite par l'un des conjoints à l'autre, elle est révocable pour ingratitude et ne l'est pas pour survenance d'enfant.

prudence n'exige même pas que la condition de survie soit stipulée en termes formels comme le voudrait la loi (art. 1092) ; on peut l'induire d'une autre clause (Cass., 9 juill. 1889, D. 89. 1. 366, S. 92. 1. 338).

§ 2. — *Donations entre époux.*

A. — Notions historiques.

3204. Droit romain. — Dans l'empire romain la donation entre vifs faite par un époux à l'autre était nulle. Ulpien nous apprend que cette règle avait été introduite par le droit coutumier : « *Moribus* apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent » (*Dig.*, liv. XXIV, tit. 1, fr. 1), et le motif était la crainte d'un abus d'influence aboutissant à la spoliation de l'un d'eux par l'autre (ne mutuato amore invicem spoliarentur). — Plus tard cependant on se relâcha de cette rigueur, et on décida que la donation se trouverait validée, si l'époux donateur était mort sans avoir manifesté l'intention de la révoquer ; elle valait alors comme donation à cause de mort (Sénatusconsulte rendu sous Septime-Sévère, d'après Ulpien, *ibid.*, fr. 32).

3205. Ancien droit français. — Nos coutumes présentaient sur ce point une très grande variété (voyez Pothier, *Donations entre mari et femme*, nos 8 à 17). Quelques-unes défendaient les donations entre époux et n'autorisaient que les legs ; d'autres permettaient les deux sortes de libéralités ; la coutume d'Auvergne (XIV, 39 et 46) permettait au mari de donner à sa femme, et défendait à la femme de donner à son mari, etc. Mais en général toute libéralité entre époux était interdite, aussi bien par testament que par donation entre vifs [1]. Telle était la disposition des coutumes de Paris (art. 283) et d'Orléans (art. 280), qui formaient le droit commun.

Nos anciens auteurs sont très sobres d'explications sur l'origine et les motifs de cette prohibition. Laurière l'explique par cette idée que le mari ne pouvait conférer la saisine à la femme pendant le mariage (sur le no 127 des *Institutes* de Loysel). Ferrière en donne une raison toute différente. « C'est le soin et le désir de conserver les biens dans les familles. Autrement les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères » (sous l'art. 282, Cout. de Paris). Cette rigueur était du reste tempérée par l'ensemble des institutions : la femme ayant une moitié des meubles et des conquêts et possédant en plus son *douaire* sur les propres du mari, il avait pu paraître inutile de lui faire une libéralité supplémentaire.

De plus la prohibition n'a jamais été absolue : on semble avoir admis de tout temps le *don mutuel* (*Grand Coutumier*, liv. II, chap. 32 ; édit. Marnier, p. 321 ; Coutume de Paris, art. 280. — Comp. Ferrière, *Compilation*, t. III, col. 1473). C'était une donation réciproque, qui ne pouvait porter que *sur les meubles et acquêts*, qui n'était possible qu'*en l'absence d'enfants* et qui ne donnait au survivant qu'*un droit d'usufruit*.

Dans le Midi, le conjoint survivant avait son *augment de dot* et la *quarte du conjoint pauvre* qui assuraient sa situation.

3206. Loi de nivôse. — La loi du 17 nivôse an II régla les donations entre époux dans des articles assez obscurs (art. 13 et 14) qui furent interprétés par la jurisprudence comme ayant autorisé ces donations, mais en leur attribuant un caractère irrévocable (Cass., 22 mars 1841, D. 41. 1. 193, S. 41. 1. 305).

3207. Système du Code. — Le Code civil n'avait plus les mêmes raisons que l'ancienne jurisprudence, pour maintenir une prohibition qui servait surtout à conserver les biens dans les familles. Il permit donc les donations entre époux, mutuelles ou non, et

[1] Il est bien probable que les donations entre époux furent libres pendant le haut moyen âge, et qu'elles furent interdites plus tard, sous l'influence des textes romains. Voyez Laporte, *Influence du droit romain au Moyen âge*, thèse, Paris, p. 62.

pour empêcher le retour des inconvénients qui avaient fait établir la prohibition à l'époque romaine, il les déclara *essentiellement révocables*. — En outre le Code a fixé une quotité disponible spéciale aux époux pour déterminer la limite que leurs libéralités ne pourront pas dépasser.

B. — Nature de ces donations.

***3208. Biens pouvant en faire l'objet.** — Les époux peuvent se faire indifféremment des *donations de biens à venir* et des *donations de biens présents*. Il est vrai que cela n'est point dit dans la loi, mais cela y est sous-entendu : la possibilité de donner les biens présents résulte du droit commun ; la possibilité de donner les biens à venir résulte de l'art. 947, qui déclare l'art. 943 inapplicable aux donations réglées dans le chapitre IX. En fait, le plus souvent, ce sont des donations de biens à venir qui se font entre époux[1].

En général, quand les époux ont des enfants, ils ne se font l'un à l'autre que des dispositions en usufruit ; s'ils n'ont que des héritiers collatéraux, ils se font des donations en pleine propriété. Dans ce dernier cas, il serait parfois avantageux d'employer la forme du fidéicommis *de residuo*. Voyez la note sous le n° 3293, ci-dessous.

***3209. Effet de la donation de biens présents.** — Quand l'un des époux donne à l'autre un bien présent, l'époux donataire en devient *immédiatement propriétaire*, sauf l'effet de la faculté de révocation dont pourra user le donateur (ci-dessous, n°s 3218 et suiv.).

Toutefois l'époux donataire ne peut pas exercer d'action contre l'autre pour obtenir l'exécution de la donation, car le refus d'exécuter équivaut à une révocation.

***3210. Caractère entre vifs de la donation.** — Révocables à volonté, et généralement caduques par le prédécès du donataire, nos donations entre époux se rapprochent singulièrement des donations à cause de mort du droit romain, et nos anciens auteurs ne leur auraient sans doute point refusé ce nom. Cependant la doctrine et la jurisprudence moderne s'accordent pour voir en elles des donations entre vifs. Leur principale raison est que le Code déclare ne plus connaître que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. N'étant point un testament, la donation entre époux ne peut être qu'une donation entre vifs.

Du caractère qu'on lui attribue on tire les conséquences déjà signalées pour la donation de biens à venir (n° 3164). Spécialement pour la capacité de disposer, il en résulte :

1° Qu'un époux encore mineur ne peut faire une donation, même de biens à venir, à son conjoint (art. 903-904) ;

[1] La veuve, donataire de biens à venir, peut valablement renoncer à cette donation par acte notarié, sans avoir besoin de faire une déclaration au greffe (Dijon, 15 avril 1907, D. 1909. 2. 210). Comp. ci-dessus, n° 3182.

2° Qu'il en est de même de celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ;

3° Qu'une femme mariée sous le régime dotal ne peut faire à son mari donation de ses biens dotaux (art. 1554). — Voyez cependant Caen, 8 mai 1866 (D. 67. 2. 161), qui a admis la valididé de la donation.

— Toutes ces conséquences ne sont pas bien gênantes : ce que l'époux ne peut pas faire sous la forme d'une *donation révocable*, il peut le faire sous la forme d'un *testament*, qui en est l'équivalent à peu près exact : il n'y a de différence que pour l'ordre à suivre en cas de réduction (ci-dessus, nos 3106 et suiv.).

3211. Caducité par le prédécès du donataire. — Il va de soi que la donation de biens à venir faite entre époux est subordonnée à la survie du donataire, puisqu'il est appelé à succéder à l'autre. Comp. ci-dessus, n° 3203.

Quant aux *donations de biens présents*, la jurisprudence est fixée et *elle rejette cette cause de caducité* (Toulouse, 26 févr. 1861, D. 61. 2. 58 ; Toulouse, 20 mai 1886, D. 87. 2. 40, S. 86. 2. 238). Cette solution est à peu près unanimement admise par la doctrine ; mais elle est de peu de conséquence, parce que l'époux survivant conserve le droit de révoquer la donation après le décès de son conjoint (ci-dessous, n° 3221).

C. — Formes.

***3212. Application des règles ordinaires.** — Les donations que les époux se font pendant le mariage sont soumises aux règles générales : elles doivent être reçues *par acte notarié* (art. 931) et en la présence réelle du second notaire ou des témoins instrumentaires (L. 21 juin 1843, art. 2 ; L. 12 août 1902, modifiant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI). Elles ne sont pas dispensées de la nécessité d'une acceptation expresse : la dispense n'est écrite que pour les donations contenues dans le contrat de mariage (art. 1087).

3213. État estimatif. — Si la donation de biens présents a pour objet des meubles, faudra-t il dresser un état estimatif ? Cet état est surtout destiné à assurer l'irrévocabilité de la donation ; il semble dès lors sans but dans une donation révocable, mais on se rappelle qu'il a beaucoup d'autres nullités, en cas de rapport, de réduction, etc. Il servira donc encore ici ; d'ailleurs l'art. 948 est absolu.

3214. Transcription. — Faut-il transcrire, quand la donation de biens présents comprend des immeubles ? La transcription paraît inutile. A quoi sert-elle d'ordinaire ? A protéger le donataire contre les ayants cause postérieurs du donateur : après la transcription le donateur ne peut pas aliéner à nouveau l'immeuble et le grever d'hypothèques ; ses actes de disposition ne sont pas opposables au donataire. Mais dans une donation révocable cette utilité de la transcription s'évanouit : si le donateur aliène ou hypothèque, cet acte vaut *révocation tacite*, et la donation tombe, quoique transcrite. — Cela est vrai, mais il faut songer aux droits réels qui peuvent s'établir sur l'immeuble *sans la volonté du donateur* (hypothèques judiciaires et légales), et se rappeler aussi que les créanciers chirographaires ont le droit de saisir l'immeuble, faute de transcription (art. 941). Il y a là un double danger contre lequel la transcription protégera le donataire.

***3215 Formes des donations mutuelles.** — L'usage des donations réciproques entre époux a persisté jusqu'à nos jours ; il a même survécu à la loi du 9 mars 1891, qui a donné au conjoint survivant un droit d'usufruit sur la succession du prédécédé, parce que la quotité attribuée par la loi est moins large que celle qu'il est d'usage de se donner en pareil cas, et que

souvent l'époux veut laisser à son conjoint la propriété de ses biens et non pas seulement un usufruit.

Ces donations réciproques ou mutuelles sont faites sous la condition de survie, de sorte qu'il n'y en a jamais qu'une des deux qui se réalise, celle qui avait été faite par le prémourant à l'autre ; celle qu'il avait reçu lui-même devient caduque par son prédécès.

Aux termes de l'art. 1097, ces donations réciproques ne peuvent pas être faites par un seul et même acte ; elles doivent être contenues dans *deux actes séparés*. C'est une précaution destinée à assurer la faculté de révocation, mais dont l'utilité réelle est loin d'être démontrée, car la révocation de la libéralité est indépendante de la conservation du titre qui la constate. Il y aurait lieu de l'abroger, et cependant les organes du Gouvernement s'y sont refusés en 1886 [1].

La même règle existe pour les testaments (art. 968), où elle se comprend beaucoup mieux, parce que le testament est d'ordinaire un acte sous seings privés, que les intéressés gardent en leur possession et peuvent détruire à volonté, tandis que l'acte de donation reste chez le notaire. — Comp. ce qui est dit pour les partages d'ascendant faits avec réserve d'usufruits, ci-dessous, n° 3370.

3216. Prohibition des donations déguisées. — Ceci encore est une particularité de forme propre aux donations entre époux. Le déguisement de la donation, licite entre toutes personnes, leur est interdit ; la donation serait *nulle* (art. 1099), même en la supposant cachée sous le voile d'un contrat permis entre époux, car ils ne peuvent employer la forme de la vente qui leur est interdite par l'art. 1595. Sur la nullité des donations déguisées, voyez ci-dessous, n° 3254.

B. — Révocation des donations entre époux.

1° Causes légales de révocation.

3217. Causes admises et causes écartées. — Au point de vue des causes légales de révocation, les donations que les époux se font entre eux au cours du mariage sont traitées exactement de la même façon que celles qu'ils se font dans leur contrat de mariage : la loi déclare qu'elles ne sont *pas révoquées par la survenance d'enfants* (art. 960 et 1096 *in fine*. — Comp. ci-dessus, n° 3201) ; elle admet au contraire la révocation pour ingratitude, non pas qu'elle le dise expressément, mais l'art. 959 ne vise que les donations faites « en faveur du mariage » et on ne peut considérer comme telles celles qui lui sont postérieures ; en outre, cela résulte implicitement de l'art. 299 qui les déclare perdues de plein droit pour l'époux coupable en cas de divorce ou de séparation de corps.

Du reste, la révocation étant toujours possible à volonté, l'époux qui croit avoir à se

[1] L'assemblée des notaires de France, tenue le 26 octobre 1881, demanda une modification à la loi permettant d'insérer, dans les partages d'ascendant, une clause de réversion de l'usufruit au profit du survivant des donateurs. Une pétition fut déposée à cet effet par M. Renault le 3 octobre 1883 (*Journal officiel*, 1er mars 1884, Chambre). Mais un rapport défavorable fut présenté au Conseil d'État par M. Dupré, et un avis de rejet fut émis les 15 et 17 avril 1886 (*Revue du notariat*, nos 7429 et 7430). Comp. Tréca, *Des donations mutuelles entre époux faites par le même acte accessoirement à un contrat principal*, thèse, Paris, 1904.

plaindre de son conjoint n'a qu'à user de son droit : il peut révoquer lui-même sa libéralité *sans donner de motifs et sans s'adresser à la justice*. Cette révocabilité absolue rend à peu près inutiles pour les donations entre époux toutes les dispositions concernant les causes légales de révocation.

2° Révocation volontaire.

** **3218. Importance de cette faculté.** — Les donations entre époux se distinguent de toutes les autres par leur caractère *essentiellement révocable* (art. 1096, al. 1er). Par là elles diffèrent même des donations faites par contrat de mariage, lesquelles ne sont pourtant pas soumises à la règle « Donner et retenir ne vaut » (ci-dessus, n° 3151), car pour celles-ci la réserve du droit de révocation est *purement facultative* pour les particuliers qui peuvent toujours se lier sans retour possible ; quand la révocabilité existe, elle y est donc toujours *conventionnelle*, tandis que dans la donation entre époux la révocabilité est *légale* ; elle a lieu de plein droit et elle est *essentielle*.

Aussi cette faculté est *d'ordre public*. Aucune convention n'en peut priver l'époux donateur : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage... seront *toujours* révocables » (art. 1096, al. 1er).

3219. Motifs de la révocabilité. — Les donations entre époux se font souvent sous l'empire de sentiments qui se modifient avec le temps. On n'a pas besoin de supposer que l'un des époux a abusé de son influence sur l'autre pour se faire faire une libéralité ; le donateur a pu y être entraîné de lui-même par une passion excessive, et regretter plus tard un élan irréfléchi. On lui ménage donc le moyen de reprendre ce qu'il avait donné, le *droit de se repentir*. C'était ce que disait déjà l' « oratio » de Caracalla au Sénat romain quand il faisait voter le sénatus-consulte mentionné ci-dessus au n° 3204 : « Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere » (*Dig.*, liv. XXIV, tit. 1, fr. 32, § 2).

* **3220. A qui appartient le droit de révocation.** — La faculté de révocation est *personnelle à l'époux donateur*. Elle ne peut pas être exercée de son chef par ses créanciers (art. 1166). Elle ne passe pas après sa mort à ses héritiers. Sur ce dernier point notre droit moderne reproduit le système romain. L'*Oratio* de Caracalla ajoutait : « Heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse » (*ibid.*).

3221. Durée du droit de révocation. — Il est admis que la donation peut encore être révoquée par le donateur après le décès de l'époux donataire : elle peut donc se faire contre ses héritiers aussi bien que contre lui (Toulouse, 20 mai 1886, D. 87. 2. 40, S. 86. 2. 238).

* **3222. Comment se fait la révocation.** — Nous ne trouvons rien sur ce sujet dans le Code. La révocation peut être tacite ou expresse. *Tacite*,

elle résultera de tout acte de disposition imcompatible avec le maintien de la donation ; une seconde donation du même bien révoquera la première ; un legs, contenu dans le testament, aura le même effet. *Expresse,* elle peut se faire par testament[1] ; sinon la loi exige un acte notarié avec présence réelle du notaire en second (L. 21 juin 1843 complétant le Code sur ce point[2]). C'est le seul détail qui soit réglé par un texte. Comp. art. 1035.

Si c'est la femme qui veut révoquer une donation faite par elle à son mari, elle peut le faire sans aucune autorisation, ni du mari, ni de justice (art. 1096, al. 2).

* **3223. Effet de la révocation.** — La révocation produit l'effet d'une résolution ; elle atteint les tiers en détruisant rétroactivement le titre du donataire. Comp. ci-dessus, n° 2635.

3224. Fraudes et sanction. — L'époux donateur peut se trouver privé en fait de son droit de révocation. Cela arrivera lorsque la donation aura été cachée sous la forme d'un acte à titre onéreux ou adressée à un tiers qui a servi de personne interposée. Dans de pareilles conditions le donateur pourra être fort embarrassé pour rétablir la vérité et exercer son droit de révocation, et on voit dans la pratique que ces fraudes et ces détours sont extrêmement fréquents entre époux[3].

Aussi la jurisprudence a-t-elle déclaré *nulles* les donations faites sous une forme détournée, de nature à compromettre la révocalilité qui en est le caractère essentiel (Cass., 11 nov. 1834, D. 35. 7. 18, S. 34. 1. 769 ; Cass., 16 avril 1850, D. 50. 1. 52, S. 50. 1. 591 ; Montpellier, 24 févr. 1876, D. 79. 2. 249, S. 76. 2. 241). Pour arriver à prononcer cette nullité les arrêts ont été obligés de donner pour sanction à l'art. 1096 la disposition de l'art. 1099 qui parle en effet de nullité, mais qui sert uniquement de sanction aux art. 1094 et 1098[4].

A quels résultats positifs une pareille nullité peut-elle conduire ? Pour

[1] Ceci entraîne comme conséquence la possibilité de révoquer la donation au moyen d'une *lettre missive* datée et signée (Cass., 26 nov. 1906, D. 1907. 1. 76, P. et S. 1908. 1. 68).

[2] La loi du 12 août 1902, qui a modifié les règles relatives à la réception des actes notariés, a conservé la disposition fondamentale de la loi de 1843, qu'elle a introduite dans l'art. 9 de la loi de ventôse modifié par elle.

[3] Ces habitudes sont fort anciennes dans la population. Elles remontent au temps où les donations entre époux étaient non seulement révocables, mais interdites. Voyez la scène du *Malade imaginaire* (acte I, scène 9), où Argan demande à M. de Bonnnefoi, qui est « fort honnête homme » un moyen de donner tout son bien à sa femme pour en frustrer ses enfants. Et le notaire lui explique tout tranquillement qu'il y a « des expédients pour passer doucement par-dessus la loi et rendre juste ce qui n'est pas permis ».

[4] C'est ce qui résulte du simple examen des textes. L'art. 1099 défend aux époux de rien se donner « *au delà de ce qui leur est permis* par les articles qui précèdent » et déclare nulles les donations excessives. Or ce sont les art. 1094 et 1098 qui seuls fixent une *limite* en déterminant la quotité disponible entre époux. C'est donc à eux seuls que se réfère l'art. 1099, et non à tous les articles qui le précèdent. Il y a eu ainsi une véritable *adaptation* du texte par la jurisprudence qui en a *élargi* le sens : elle a admis un cas de nullité que la loi n'avait pas établi.

qu'elle soit prononcée, il faut que le véritable caractère de l'acte, quand il est déguisé, ou son véritable destinataire, quand il a été fait à une personne interposée, soit connu et prouvé. Or dans ce cas il est encore plus facile de *révoquer* la donation que d'en *demander la nullité en justice*[1]. Cependant on rencontre des cas où le donateur lui-même exerce l'action en nullité (Cass., 25 juil. 1881, D. 82. 1. 177). Qu'y gagne-t-il ? Pour lui personnellement on ne le voit pas ; mais une action en nullité peut être considérée comme transmissible à ses héritiers, qui ne succéderaient pas à son droit de révocation.

§ 3. — *Quotité disponible entre époux.*

A. — Son origine.

3225. Ancien droit. — La plupart des coutumes subordonnaient la possibilité de se faire des donations entre époux à la condition qu'il n'y ait point d'enfants lors du décès du prémourant. Mais elles n'avaient pas songé à limiter d'une manière spéciale l'étendue des libéralités. Toutefois quelques-unes bornaient la faculté de disposer aux biens de la communauté ou ne permettaient que des dispositions en usufruit (POTHIER, *Donations entre époux*, n°s 118 à 128).

3226. Loi de nivôse. — La loi du 17 nivôse an II, qui s'était montrée si rigoureuse dans la détermination du disponible ordinaire (ci-dessus, n° 3056), était au contraire favorable aux libéralités entre époux, probablement sous l'influence du sentimentalisme répandu par J.-J. Rousseau[2]. Elle permettait aux époux de se donner *la totalité* de leurs biens *en pleine propriété,* sauf à réduire la donation à *une moitié en usufruit* quand il y avait des enfants (art. 13 et 14). Voyez sur ce point trop peu connu les explications de VERMEIL, dans Sirey, 1841. 1. 305, en note.

3227. Code civil. — Le projet de Code civil avait été conçu dans le même esprit que la loi de nivôse, et c'est une des nombreuses traces de

[1] Les premiers arrêts paraissent avoir été entraînés par cette considération : l'époux donateur avait vendu à un tiers qui, devenu acquéreur fictif, avait fait lui-même la donation à l'autre époux. Or l'époux vendeur ne pouvait pas révoquer la vente, qui est irrévocable, ni la donation qui n'émanait pas de lui ; il était donc réduit à une demande en nullité (arrêt précité du 26 avril 1840). On n'a pas réfléchi que, la vente étant fictive, l'époux devait être considéré comme étant lui-même le donateur, et que l'intervention frauduleuse d'un tiers n'avait pu donner à l'acte un caractère irrévocable qui ne lui appartenait pas d'après la loi.

[2] Il faut lire, à ce point de vue, le curieux passage reproduit dans *Sirey*, 1841. 1. 305, et tiré de l'ouvrage aujourd'hui introuvable de VERMEIL, publié en l'an III sur la loi de nivôse : « Par une contradiction bizarre, la loi qui commandait de s'aimer à des personnes liées par des liens indissolubles, leur interdisait le témoignage le plus précieux et le plus sûr de l'attachement, les bienfaits... La loi du 17 nivôse est venue affranchir de toutes entraves ce sentiment de bienveillance et d'estime réciproque qui fait le charme d'un pareil état. Elle a ouvert une carrière de bienfaisance sans bornes, même pendant le cours du mariage, aux époux qui n'ont pas d'enfants ».

l'influence que cette loi a exercée sur lui. D'après ce projet, si on laisse de côté le cas où il existe des enfants d'un précédent mariage (cas qui faisait l'objet d'une disposition restrictive), chaque époux pouvait toujours donner à son conjoint *plus qu'à un étranger*, car on lui permettait d'ajouter à la quotité disponible ordinaire *un supplément en usufruit* ; s'il y avait des enfants, ce supplément était fixé à *un quart en usufruit* qui s'ajoutait au quart en pleine propriété représentant la quotité disponible ordinaire ; s'il n'y avait pas d'enfants, ce supplément pouvait être l'*usufruit total de la réserve*, laquelle se trouvait ainsi réduite à une nue propriété (art. 16 et 17 combinés avec l'art. 156 du titre IX du projet de l'an VIII, dans Fenet, t. II, p. 276 et 299).

Ce système se comprenait à merveille ; la qualité de conjoint était prise en considération par la loi d'une façon uniforme et elle entraînait l'application d'un régime de faveur.

Par malheur lorsqu'on modifia le projet de l'an VIII pour supprimer la réserve des collatéraux privilégiés et pour faire varier le chiffre de la réserve des enfants selon leur nombre (ci-dessus, n° 3059), on oublia de faire subir à l'art. 1094 une modification correspondante ; il en est résulté une discordance de chiffres entre la quotité disponible du droit commun et celle qui est disponible au profit du conjoint ; de la sorte, le système actuel, qui fait du titre de conjoint tantôt une raison de faveur et tantôt une raison de défaveur, ne se justifie plus. Comp. ci-dessous, n° 3233.

L'existence d'une quotité disponible spéciale pour le conjoint est donc un droit de formation nouvelle, et ne remonte pas au delà de l'an II ; mais par suite d'une inadvertance commise dans la rédaction du Code, elle donne lieu à des complications inutiles, nées de l'incohérence des dispositions actuelles. Il y aurait grand avantage à supprimer toute fixation d'une quotité disponible spéciale au conjoint et à laisser sous l'empire du droit commun les libéralités qui lui sont faites. En Roumanie, cette simplification est déjà obtenue : on a écarté l'art. 1094 français, ce que M. Alexandresco approuve avec raison (*Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 105). Comp. ci-dessus, n° 1401.

B. — Disponible en présence d'ascendants.

3228. Système du Code civil. — Quand l'époux laisse des ascendants pour héritiers, la quotité disponible au profit de son conjoint a été, jusqu'en 1900, *plus forte que celle du droit commun*. D'après l'art. 915 ancien (devenu en 1896 l'art. 914), la réserve des ascendants est d'un *quart pour chaque ligne, en pleine propriété*. Le défunt a donc pu disposer de la moitié ou des trois quarts de son bien, selon qu'il y avait des ascendants

dans les deux lignes ou dans une seule. Au delà de cette quotité disponible du droit commun [1], la loi lui permettait de donner en outre à son conjoint l'*usufruit de la réserve des ascendants* (art. 1094, al. 1). Ainsi les ascendants se trouvaient réduits à *la nue propriété de leur réserve*, et ils étaient obligés d'attendre la mort de leur gendre ou de leur bru pour en obtenir la jouissance ; c'était le plus souvent pour eux une espérance chimérique, étant donné qu'ils avaient affaire à un usufruitier plus jeune qu'eux de tout l'intervalle d'une génération. Malleville avait bien raison de dire qu'une pareille disposition était « dérisoire ». Privé de la jouissance de sa réserve, l'ascendant n'avait même pas le droit de demander des aliments au conjoint survivant, bien que celui-ci fût son allié en ligne directe, car nous raisonnons sur l'hypothèse où il ne reste pas d'enfants du mariage, et l'art. 206 supprime en ce cas l'obligation alimentaire. Il ne lui restait qu'une ressource, qui était de *vendre sa nue propriété*. Il en tirait ordinairement fort peu de chose, surtout si la bru ou le gendre, qui avait l'usufruit, était encore jeune [2].

3229. Système actuel. — Une loi des 14-17 février 1900 a mis fin à cette injustice : l'al. 1er de l'art. 1094 a été modifié et les personnes mariées ont perdu le droit de disposer, au profit de leur conjoint, de l'usufruit de la réserve accordée à leurs ascendants. Désormais l'ascendant est sûr d'avoir sa réserve en pleine propriété. On a toutefois maintenu l'effet des donations consenties par contrat de mariage avant la loi nouvelle, afin de respecter le principe de la non-rétroactivité des lois.

C. — Disponible en présence d'enfants nés du mariage.

***3230. Quotité disponible.** — Lorsqu'il existe un ou plusieurs enfants nés du mariage, la quotité disponible est réglée par l'art. 1094, al. 2 : le conjoint peut recevoir *un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit*, ou bien *une moitié en usufruit*.

3231. Explication de la loi. — En apparence, la disposition de la loi est singulière. La donation d'un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit, équivaut à une moitié en usufruit, plus un quart en nue propriété. Dès lors à quoi bon répéter que le donataire peut recevoir une moitié en usufruit seulement ? N'est-il pas évident que la donation peut se tenir en deçà des limites du disponible ? — La formule employée par la loi a cependant un sens : l'époux donateur aurait pu être tenté de donner à son conjoint les trois quarts en usufruit, pensant que le troisième quart en usufruit pouvait équivaloir au quart en nue propriété dont la loi lui permet de disposer. Les auteurs du Code n'ont

[1] On remarquera dans l'art. 1094 l'emploi du mot « étranger » désignant toute personne autre que le conjoint. Comp. art. 839 et 1687, et t. I, nº 421.

[2] Bien qu'elle paraisse rigoureuse, cette disposition est une atténuation de la règle établie antérieurement par la loi de nivôse, qui supprimait complètement la réserve des ascendants, quand il s'agissait du conjoint (VERMEIL, dans *Sirey*, 1841. 1. 305, en note).

pas voulu de cette combinaison : la limite est la même pour les donations en jouissance seulement (usufruits et rentes viagères) et pour les donations qui comprennent du capital ; le chiffre de la moitié des revenus ne peut jamais être dépassé.

Dans le projet de l'an VIII, c'était un système général (Fenet, t. II, p. 276, art. 17). On a déjà vu (ci-dessus, n° 3133) que ce système a été abandonné pour la quotité disponible du droit commun : l'art. 917 permet de remplacer une part de la nue propriété par une part supplémentaire d'usufruit, mais cette faculté est spéciale au disponible ordinaire fixé par les art. 913 et suiv. Pour la quotité disponible entre époux, il existe un régime à part, qui se suffit à lui-même, et la décision de l'art. 917 ne peut pas être transportée d'une matière dans une autre. Par suite l'époux, qui n'a reçu qu'un usufruit ou une rente viagère, verra son don ou son legs réduit au chiffre de la moitié des revenus du défunt, et comme il ne lui a été rien légué en nue propriété il ne pourra rien réclamer à titre de récompense : son conjoint a fait pour lui quelque chose qui lui était interdit en dépassant la quotité de moitié, et il n'a pas fait tout ce qui lui était permis, en s'abstenant de lui donner un quart en propriété (Cass., 30 juin 1885, D. 86. 1. 255, S. 85. 1. 352 ; Paris, 14 nov. 1894, D. 95. 2. 115).

***3232. Comparaison avec le disponible ordinaire.** — Voici une autre singularité beaucoup plus grave. La quotité disponible du droit commun, quand il existe des enfants, *ne coïncide jamais avec le disponible spécial au profit du conjoint.* Au profit d'un « étranger » (toute personne autre que le conjoint), les libéralités peuvent être tantôt de moitié, tantôt d'un tiers, tantôt d'un quart, toujours en pleine propriété ; la moitié, quand il y a un enfant ; le tiers, quand il y en a deux ; le quart, quand il y en a trois ou davantage. Au profit de son conjoint, cette même personne ne pourra jamais disposer de la moitié en pleine propriété : le conjoint est *moins bien traité qu'un étranger,* quand il y a un seul enfant ; il l'est au contraire *beaucoup mieux* quand il y a trois enfants : outre le quart du disponible ordinaire, qui peut lui être attribué en pleine propriété, il a droit à un second quart en usufruit. Pour le cas où il y a deux enfants l'écart est moins grand : le disponible ordinaire étant d'un tiers en propriété, la donation d'un quart en propriété, plus un quart en usufruit, s'en rapproche sensiblement, sinon en quotité, du moins en valeur.

3233. Système de M. Benech. — Pendant près de quarante ans, cette discordance ne fit naître aucune difficulté ; tout le monde admettait que l'art. 1094 s'appliquait seul entre époux. La quotité de biens dont un époux pouvait disposer au profit de son conjoint étant réglée uniquement par l'art. 1094, elle se trouvait tantôt plus faible, tantôt plus forte que celle qui pouvait être donnée à un étranger, sans lui être jamais égale.

En 1841, M. Benech, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, entreprit de prouver que l'art. 1094 était une *disposition extensive du droit commun* et que la quotité disponible entre époux devrait toujours être au moins égale à celle de l'art. 913, de sorte qu'un époux pourrait toujours donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à un étranger, et en outre ce que l'art. 1094 lui permet de donner, dans les cas où ce dernier article est plus large que l'art. 913.

Ses arguments peuvent se réduire à deux principaux ;

1° La loi serait *inconséquente,* si l'art. 1094 réglait seul la quotité disponible entre époux ; le titre d'époux serait *une cause de défaveur,* quand il n'existe qu'un ou deux enfants nés du mariage, et *une cause de faveur,* quand il en existe trois ou davantage. Une telle différence n'aurait aucune raison d'être et la loi serait absurde.

2° L'histoire de la confection du Code conduit à la combinaison des deux textes. Dans le projet, la quotité disponible ordinaire était fixée *d'une manière invariable*, à un quart en propriété, quel que fût le nombre des enfants En cet état des textes, l'art. 1094 était *extensif* de la quotité ordinaire, permettant de donner en outre un quart en usufruit. Toutes les dispositions de la loi étaient en harmonie, car la loi étendait de même la quotité disponible au profit du conjoint quand il existe des ascendants (ci-dessus, n° 3228). Au cours de la discussion, on a modifié la quotité disponible au cas d'existence d'enfants mais *la relation entre les deux séries de textes est restée la même* ; les règles spéciales aux époux n'ont pas cessé d'être, dans l'esprit de la loi, une extension du droit commun (Benech, *De la quotité disponible entre époux*, 2e édit., 1842. in-8°).

3234. Son échec. — Cette doctrine nouvelle, défendue avec beaucoup de talent et de verve, recueillit des adhésions nombreuses. M. Duranton, qui avait enseigné à Paris l'opinion contraire pendant plus de vingt ans, s'y rallia, ainsi que MM. Valette, Mourlon, etc. Voyez aussi Aubry et Rau, t. VI, § 689, note 5. — Néanmoins, l'ancienne doctrine s'est maintenue et a fini par triompher. Des arguments nombreux ont concouru à son succès ; les deux plus décisifs sont les suivants :

1° Le chapitre IX (art. 1091 à 1100) forme un ensemble de règles complet qui doit se suffire à lui-même et on n'a pas besoin d'aller chercher ailleurs les règles applicables aux époux ;

2° L'art. 1099 défend aux époux de rien se donner « au delà de ce qui leur est permis *par les articles ci-dessus* », c'est-à-dire par ceux du même chapitre. On ne peut donc en faire intervenir aucun autre.

Ceci a paru convaincant (Demolombe, t. XXIII, n° 500 ; Huc, t. VI n° 478. — Cass., 4 janv. 1869, D. 69. 1. 18, S. 69. 1. 145). — La question est aujourd'hui vidée, mais il est permis de trouver que M. Benech avait appliqué au Code un procédé d'interprétation plus élevé et plus scientifique que celui qui a prévalu, principalement par l'effet de la routine. Ceci prouve que l'opinion qui triomphe n'est pas toujours la vraie et que le nombre des adhésions qu'elle reçoit n'est pas une preuve de son exactitude.

D. — Disponible en présence d'enfants d'un précédent mariage.

***3235. Fixation de la quotité disponible.** — Lorsqu'il existe un ou plusieurs enfants nés d'un précédent mariage, la règle à suivre se trouve dans l'art. 1098, le second des deux articles consacrés à la quotité disponible entre époux. D'après ce texte, le second conjoint peut recevoir *une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cette part puisse jamais excéder le quart*. Il résulte de cette disposition que s'il y a un seul enfant, le conjoint pourra recevoir un quart seulement ; il en sera de même s'il y en a deux ; tandis qu'une part d'enfant lui donnerait droit à une moitié ou à un tiers, selon le cas. Si les enfants sont au nombre de trois, les deux maximums fixés au conjoint (une part d'enfant et le quart de la succession) coïncident : il aura droit à un quart, comme chacun des enfants. Enfin s'il y a plus de trois enfants, le conjoint prend une part comme eux et cette part est toujours inférieure au quart ; elle sera, selon les cas, d'un cinquième, d'un sixième, etc.

On voit que cette quotité disponible spéciale est égale à la quotité disponible ordinaire dans un seul cas : quand il y a trois enfants. Toutes deux sont alors également d'un quart. Dans tous les autres cas, le disponible au

profit du conjoint est inférieur à celui du droit commun; il ne lui est jamais supérieur.

1° Histoire de la législation.

3236. Origine romaine. — L'art. 1098 est le résultat de toute une législation antérieure défavorable aux secondes noces. Les seconds mariages, encouragés par Auguste, furent vus avec défaveur par les empereurs chrétiens, qui établirent contre eux une double règle :

1° *La personne qui se remariait ayant des enfants d'un premier lit devait leur conserver tous les biens qu'elle tenait de son premier conjoint à un titre quelconque.* Cette règle, établie d'abord (en 382) pour les femmes veuves (L. *Feminæ quæ, Code*, liv. V, titre 9, loi 3), fut plus tard (en 422) étendue aux veufs. Sous Justinien, l'époux qui se remariait n'était plus considéré que comme usufruitier des biens provenant du premier conjoint.

2° *Le père ou la mère, qui avait des enfants d'un premier lit, ne pouvait donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant* (L. *Hac edictali, Code, ibid.*, loi 6). Cette seconde règle fut introduite en 469 par une constitution des empereurs Léon et Anthemius.

3237. L'édit des secondes noces. — Les dispositions du droit romain étaient suivies depuis longtemps dans le Midi, mais rien de pareil n'avait lieu dans les pays coutumiers, quand en juillet 1560 le chancelier de l'Hospital fit signer à François II un édit qui étendait ces règles à toute la France et qui est devenu célèbre sous le nom d'*Édit des secondes noces* ; son histoire et son objet ont été exposés ci-dessus, n° 1399. Cet édit comprenait deux chefs : le premier répondait à la loi « Hac edictali » (limitation à une part d'enfant des dons faits au conjoint) ; le second reproduisait la loi « Feminæ quæ » (conservation obligatoire des biens provenant du premier mari).

Bien que cet édit ne parlât que des « femmes veuves », d'après l'incident qui lui avait donné lieu, la jurisprudence l'étendit aux *veufs* qui se remariaient. Le parlement de Paris jugeait en ce sens dès 1577 (Brodeau, *op. et loc. cit.*, n° 3). L'expérience avait montré, dit Ferrière, que « les hommes qui se remariaient sont capables de la même faiblesse » *Compilation*, t. III, sur le premier chef de l'édit, § 1, n° 3).

3238. Abandon du second chef de l'édit. — La plupart des coutumes rédigées après 1560 adoptèrent les dispositions de l'édit qui paraissaient fort sages ; et le projet du Code civil les reproduisait toutes les deux, mais le premier chef seul a été conservé, le tribunal de cassation ayant demandé la suppression de l'al. 2 de l'art 191 du projet, qui lui paraissait contenir « une espèce de substitution » (Fenet, t. II, p. 300 et 712). Il en résultait de plus une inégalité entre les enfants des différents lits.

2° Cas d'application.

***3239. Enfants protégés par la loi.** — La loi n'a statué qu'en faveur des enfants *légitimes* ou *légitimés* : elle suppose qu'ils sont nés « d'un autre lit », ce qui désigne ici un *mariage régulier*. Par suite, la présence d'un enfant adoptif ou d'un enfant naturel ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1098 (Paris, 5 juill. 1854, D. 56. 2. 289).

Mais quand il y a eu une précédente union, peu importe qu'il en reste plusieurs enfants ou *un seul* ; peu importe que ce soit un enfant du premier degré ou un petit-enfant. Le terme « enfant » est générique et convient à tous les descendants. L'édit de 1560 s'expliquait très clairement sur ces deux points, « Femmes veuves ayant enfant ou enfans, ou enfans de leurs enfans ».

3240. Mariage dissous par le divorce — Dans l'édit de 1560 on n'avait naturellement prévu qu'un seul mode de dissolution pour le mariage ; la mort de l'un des époux. Actuellement, ce premier mariage pourrait avoir été dissous par le divorce. Les enfants qui en seraient issus auraient certainement droit à la protection de la loi et le texte est assez large pour comprendre même cette hypothèse, car il dit en termes généraux : « L'homme ou la femme qui ayant des enfants d'un précédent mariage... » Jusqu'ici la question ne paraît pas s'être présentée devant la jurisprudence.

3240 *bis*. Application aux libéralités antérieures au second mariage. — L'art. 1098 suppose que la libéralité a été faite au *second conjoint*, en cette qualité ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait été faite à ce nouveau conjoint *depuis son mariage* ; elle peut lui avoir été faite, en prévision de son union, soit *dans son contrat de mariage*, soit même *par acte séparé*, si cette seconde union était déjà projetée ; mais le texte serait inapplicable à une libéralité qui aurait été faite, avant tout projet de mariage, par une personne qui aurait ensuite épousé le donataire : on ne pourrait pas dire, en ce cas, que la libéralité a été adressée « à un second conjoint ».

Pour l'application de cette dernière observation, il n'y a pas lieu de distinguer si la libéralité antérieure au projet de mariage est une donation entre vifs ou un testament ; ainsi, si le testament a été rédigé avant le second mariage, à un moment où il n'en n'était pas encore question, le legs n'est réductible que dans les conditions ordinaires, et l'art. 1098 ne s'applique pas (Besançon, 25 nov. 1903, D. 1907. 2. 223).

C'est aux enfants du premier lit qu'il appartient de prouver que le second mariage était déjà projeté au moment où le testament a été rédigé.

Cette jurisprudence ouvre la voie à des fraudes faciles ; car il suffit de se procurer une feuille de papier timbré de date un peu vieille pour faire un testament antidaté, sans qu'il soit possible aux enfants du premier lit de prouver la fausseté de la date ; on peut même tester sur papier libre.

3241. Donation à une concubine. — Par une véritable singularité, la loi traite plus favorablement la concubine que la femme légitime : la donation n'est réductible en vertu de l'art. 1098 qu'autant qu'elle est faite au « nouvel époux ». En ce sens, Alger, 10 mars 1879, D. 80. 2. 224.

3° Part du second conjoint.

***3242. Part d'enfant.** — La loi donne en principe au nouveau conjoint le droit de retenir sur son don ou legs « une part d'enfant ». Pour déterminer le montant de cette part on doit attendre l'ouverture de la succession pour savoir quel parti prennent les enfants appelés à la recueillir et *ne pas tenir compte de ceux qui auraient renoncé à la succession*. Par exemple sur quatre enfants, trois seulement acceptent : ceux-là seuls y prennent une part. Cela fait, il faut *compter le conjoint comme un enfant de plus*, puis-

qu'il prend une part comme eux. Dans l'hypothèse d'un renonçant sur quatre la part du conjoint sera du quart.

Si l'époux donateur, outre les enfants du premier lit, laisse des enfants de sa seconde union, tous seront comptés ensemble et auront des parts égales. Leur concours diminuera donc la « part d'enfant » qui revient au second conjoint.

* **3243. Enfant le moins prenant.** — Les parts des enfants sont en principe égales ; il se peut cependant que l'un deux soit *avantagé* par donation ou par testament et reçoive par préciput tout ou partie de la quotité disponible. Le second conjoint ne pourra pas calculer sa part sur celle de l'enfant le plus favorisé : il n'aura jamais plus que celui des enfants qui prendra le plus faible lot.

Il est pourtant possible de voir un descendant du donateur prendre moins que le second conjoint. Cela arrivera dans deux cas :

1° Si l'un des enfants est prédécédé laissant lui-même des enfants. Ces *petits-enfants* se partagent le lot de leur père ou mère ; chacun d'eux n'a donc qu'une partie d'une part d'enfant, c'est-à-dire moins que le conjoint.

2° S'il y a un *enfant naturel* concourant avec les enfants légitimes.

***3244. Limite du quart.** — Quand les enfants sont seulement au nombre d'un ou de deux, le conjoint prenant une part d'enfant recevrait encore une portion considérable de la succession, la moitié ou le tiers. Cela a paru trop aux rédacteurs de la loi, qui réduisent alors les libéralités faites au conjoint à un quart du total, ce qui est sensiblement moins que la part des enfants ; l'enfant unique aura trois quarts, les deux enfants auront chacun trois huitièmes.

Cette limite du quart n'existait pas dans l'édit de 1560 ; c'est une rigueur nouvelle ajoutée par le Code civil.

3245. Formule usuelle. — Le système de l'édit des secondes noces est si bien entré dans nos mœurs que les parties se servent souvent de sa formule même pour déterminer le montant de la libéralité faite au second conjoint : on dit dans l'acte qu'il aura « une part d'enfant ». Cette formule lui donne droit à une quote-part de la succession dont le montant ne sera connu qu'après l'ouverture de celle-ci ; d'ailleurs, par sa nature même, pareille rédaction ne peut être employée que dans une donation de biens à venir ou dans un testament.

3246. Cas où il y a plusieurs mariages successifs. — Si l'époux survivant se remarie plusieurs fois, la question s'élève de savoir ce qu'il aura pu donner à tous ses nouveaux conjoints pris ensemble : chacun d'eux peut-il recevoir une part d'enfant, sous réserve des limites fixées par l'art. 1094 ? Autrefois, sous l'empire de l'édit de 1560, la question était résolue dans le sens le plus restrictif ; les conjoints successifs de l'époux qui avait plusieurs fois contracté de nouvelles noces, ne pouvaient recevoir à eux tous qu'une part d'enfant (Ferrière, *Compilation*, sur le premier chef de l'édit, § 4, nos 21)[1]. La plupart des auteurs admettent que la même solution devrait être donnée aujourd'hui, parce que la loi nouvelle n'est que le maintien de l'ancien système.

[1] On considérait l'édit comme formel parce qu'il disait, au pluriel : « à leurs nouveaux marys » ; mais cette tournure était dictée par le commencement de la phrase qui était : « ordonnons que femmes veufves si elles passent à nouvelles nopces ». La question n'était donc pas réellement tranchée par le texte.

3246 *bis*. Option en cas de legs d'usufruit. — Une jurisprudence constante ouvre aux héritiers l'option établie par l'art. 917, au cas où le défunt a fait à son second conjoint un legs excessif en usufruit (Cass., 30 mai 1905, D. 1908. 1. 166, S. 1907. 1. 125). C'est donc seulement dans l'hypothèse de l'art. 1094 que la limite fixée aux libéralités en usufruit reste stricte. Sur l'art. 917, voyez ci-dessus, nos 3133 et suiv.

4° A qui profite la réduction.

a. — *Enfants du premier lit.*

***3247. Condition de survie.** — Prise à la lettre, la disposition de l'art. 1098 s'appliquerait par cela seul que l'époux survivant se remarierait, ayant encore des enfants d'une première union. Mais comme il s'agit d'une question de *quotité disponible* et de *réduction,* qui s'apprécie toujours *au décès du disposant,* les libéralités faites au second conjoint ne seront réductibles qu'autant que les enfants du premier lit, ou tout au moins l'un d'eux, seront encore vivants au jour où s'ouvrira la succession.

Jusque-là les enfants du premier lit n'ont aucun droit : ils ne peuvent ni attaquer le second conjoint, leur droit n'étant pas encore ouvert, ni renoncer à leur action en réduction, ce qui serait nul comme constituant un pacte sur succession future.

***3248. Condition d'acceptation.** — La loi leur donne une *réserve* exceptionnelle, puisqu'elle limite la quotité disponible. Elle les suppose donc arrivés à la succession, c'est-à-dire *ni renonçants, ni indignes,* car il n'y a de réserve que pour ceux qui sont *héritiers.*

b. — *Enfants du second lit.*

***3249. Comment ils profitent de la réduction.** — Si la loi restreint la quotité disponible pour le second conjoint, c'est dans l'intérêt des enfants du premier lit : l'action en réduction est donc établie en leur faveur ; c'est en leur personne qu'elle prend naissance. Cependant cette action ne sera pas exercée à leur profit exclusif : elle aura pour effet de *faire rentrer dans la masse à partager des biens qui en étaient sortis par don ou par legs* ; et comme il n'y a aucune cause de préférence entre enfants nés de différentes unions, tous ensemble profiteront du retour de ces biens dans la masse, les enfants du second lit aussi bien que ceux du premier. C'est l'effet du partage égal institué par l'art. 745 (Bourges, 28 déc. 1891, D. 93. 2. 169, S. 92. 2. 69).

3250. Comment ils peuvent exercer eux-mêmes l'action. — On ne s'arrête pas là : on admet que si les enfants du premier lit s'abstenaient d'exercer l'action, ceux du second pourraient agir de leur chef et demander eux-mêmes une réduction dont ils sont appelés à profiter. Si on leur refusait cette faculté, l'égalité serait rompue entre les enfants, les uns ayant un droit que les autres n'auraient pas. C'est la solution traditionelle

(Pothier, *Contrat de mariage*, n° 567)[1], et l'art. 1496 n'y fait pas obstacle en disant : « Les *enfants du premier lit* auront l'action en retranchement » ; ce texte se borne à faire l'application du principe à un cas particulier et s'exprime en prévoyant le cas ordinaire, celui où ces enfants sont disposés à exercer l'action qu'on leur accorde. Comp. ci-dessus, n° 1412.

E. — Sanction des art. 1094 et 1098.

***3251. Existence d'une sanction spéciale.** — Ordinairement, quand la loi fixe une quotité disponible, en réservant le surplus aux héritiers qu'elle appelle à la succession, la seule sanction d'une pareille disposition, au cas où la quotité disponible serait dépassée par les libéralités du défunt, n'est autre que l'*action en réduction*. Cette action existe nécessairement contre le conjoint donataire, de la même façon que contre toute autre personne ; dans un cas particulier, l'art. 1496 l'appelle « action en retranchement » ; ce nom spécial n'en change pas la nature.

Mais l'expérience a prouvé que les fraudes contre les réservataires, qui sont peu à craindre au profit de donataires étrangers, sont au contraire très fréquentes au profit du conjoint. L'époux que la loi empêche de donner ou à qui elle ne permet que des libéralités limitées, cherche à tourner la prohibition en faisant à son conjoint des *donations secrètes*, par tous les moyens possibles. Là-dessus la jurisprudence a fondé l'idée d'une répression beaucoup plus sévère que d'habitude, et elle a fait sortir d'un mot contenu dans la loi un *système supplémentaire de nullités très rigoureuses*, qui atteignent les donations occultes.

***3252. Disposition de la loi.** — L'art. 1099 est ainsi conçu : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis. Toute donation ou déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle ». Selon moi, le sens de cet article est très clair ; il signifie que toute donation *faite au delà de la quotité disponible*, doit être annulée alors même qu'elle serait cachée sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou faite en apparence à un tiers. Le second alinéa de l'article sert de sanction à la prohibition contenue dans le premier, et ce que la loi appelle « donation indirecte » au commencement de l'article, c'est la donation déguisée ou faite avec interposition de personne. Les travaux préparatoires ne laissent sur ce point aucun doute[2] et tel est le sens traditionnel des mots « avantage indirect[3] ».

[1] Pothier cite à cette occasion la loi romaine : « Nec est novum in jure ut quod quis ex persona sua non haberet, ex persona alterius habeat. »

[2] Au Tribunat, Jaubert disait : « La loi ne permet pas que les donations puissent jamais excéder cette quotité, qui est le dernier terme de la *disponibilité en directe*. La simulation des actes et l'interposition des personnes seraient de vains subterfuges » (Fenet, t. XII, p. 622). Et Favard disait au Corps législatif : « Enfin il fallait prévenir l'effet des *donations indirectes* entre époux *par personnes interposées*, de la portion de biens qu'ils ne peuvent pas se donner : le projet de la loi défend... » (*ibid.*, p. 646).

[3] Voyez Molière, *Le Malade imaginaire*, acte I, scène 9. On y voit que l' « avantage

On va voir maintenant ce que la jurisprudence a tiré de là. Elle a en quelque sorte *séparé l'un de l'autre les deux alinéas de l'art.* 1099, pour appliquer le premier à ce que les auteurs modernes appellent plus spécialement les « donations indirectes » et le second aux donations déguisées ou faites à personne interposée.

1° Libéralités indirectes.

***3253. Leur validité.** — Une donation est « indirecte » quand elle n'est ni déguisée, ni faite avec interposition de personne, mais qu'elle résulte de l'accomplissement d'un acte juridique n'ayant pas les caractères et la nature des donations. Comp. ci-dessus, n° 2546. Une telle donation n'a rien de caché ; elle est faite ostensiblement et franchement. La jurisprudence la déclare *simplement réductible* quand elle dépasse la quotité disponible ; elle lui applique l'al. 1er de l'art. 1099, qui défend aux époux de rien se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis (Rennes, 7 avril 1892, D. 92. 245).

2° Libéralités déguisées ou à personne interposée.

***3254. Leur nullité.** — Scindant comme il a été dit l'art. 1099, la jurisprudence interprète son al. 2 comme s'il prononçait la *nullité* (et non pas seulement la réduction) des donations cachées sous le voile d'un contrat onéreux, ou faites sous le nom d'une personne interposée. Par suite, ces donations sont anéanties *pour le tout*, au lieu d'être seulement réduites au montant de la quotité disponible.

3255. Origine et motifs de la nullité. — Cette jurisprudence paraît remonter à un arrêt de la Cour d'Angers, du 12 juin 1828, confirmé par arrêt de cassation du 30 nov. 1831 (D. 31. 1. 371, S. 32. 1. 134), pour les cas de donation déguisée, et à un autre arrêt de 1834 (Cass., 11 nov. 1834, D. 35, 1. 18, S. 34. 1. 769) pour le cas de personne interposée.

Il a paru aux magistrats que le déguisement ou l'interposition de personne était de nature à *compromettre la faculté de révocation* appartenant à l'époux donateur et que, par suite, la donation devrait être non pas seulement réductible, mais *nulle pour le tout*, comme faite en fraude de la loi [1]. Malgré les critiques dont elle a été l'objet, cette jurisprudence s'est toujours maintenue (Cass., 14 avril 1886, D. 87. 1. 169, S. 86. 1. 289 ; Rennes, 7 avril 1892, D. 92, 2. 245). Les arrêts dissidents admettant la simple réductibilité sont extrêmement rares (Grenoble, 21 mars 1870, D. 70. 2. 190, S. 70. 2. 240).

L'origine de l'erreur est imputable à Toullier (t. V, n° 901) [2], qui n'a pas motivé son opinion.

indirect » est un « expédient pour tourner la coutume », qui défendait les donations entre époux.

[1] Ce motif est tout à fait *étranger à la question de réduction* : la question n'est pas de savoir si une donation peut être annulée *sur la demande du donateur* parce qu'elle a eu lieu sous une forme qui tendait à le priver en fait de son droit de révocation ; mais seulement de savoir si elle peut être anéantie pour le tout *sur la demande d'un héritier réservataire,* parce qu'elle porte atteinte à sa réserve. Les arrêts ont mêlé les deux questions et la jurisprudence s'est plongée elle-même dans le chaos. Nous ne nous occupons ici que des intérêts des réservataires ; pour le droit de révocation et sa garantie, voyez ci-dessus, nos 3218 à 3224.

[2] Le n° 78 du *Traité des donations entre mari et femme* de Pothier, cité dans DALLOZ,

3256. Critique. — Dès les premiers temps la jurisprudence a rencontré de vives contradictions. Voyez la note de *Sirey*, 34. 1. 769, qui faisait ressortir sa conséquence la plus fâcheuse : elle a pour effet de frapper les enfants du premier lit de l'autre conjoint d'une incapacité complète, car ils ne peuvent recevoir aucune libéralité de leur beau-père ou belle-mère.

Même en ne considérant que les droits du donateur, tant de sévérité paraît excessive ; et il est historiquement certain qu'elle n'a pas été dans la pensée des rédacteurs du Code (ci-dessus, n° 3252).

3257. Condition de la nullité. — Certains arrêts admettent que la donation déguisée ou par personne interposée est nulle en toute hypothèse, *quand même elle n'excéderait pas la quotité disponible* (Limoges, 5 août 1879, sous Cass., D. 83. 1. 407)[1]. Mais telle n'est pas la solution généralement admise. La plupart des arrêts, et notamment ceux de la Cour de cassation, décident que ce sont seulement les *donations excessives*, celles qui entament la réserve, qui sont sujettes à nullité ; celles qui restent en deçà des limites de la quotité disponible sont parfaitement valables (Cass., 7 févr. 1849, D. 49. 1. 71, S. 49. 1. 165 ; Cass., 2 mai 1855, D. 55. 1. 193, S. 56. 1. 178 ; Cass., 25 juill. 1881, D. 82. 1. 177, S. 82. 1. 417),

3258. Personnes pouvant attaquer la donation. — Si l'on considère la donation comme *nulle*, l'action dirigée contre elle sera une action en nullité et non une action en réduction. De plus, les motifs sur lesquels on se fonde sont de telle nature que cette nullité est d'ordre public, et peut être prononcée *sur la demande de tout intéressé*, même de l'époux donateur (Rennes, 7 avril 1892 précité ; Rennes, 9 févr. 1904, D. 1905, 2. 273).

Cependant la Cour de cassation, cassant un arrêt de la Cour de Montpellier, du 9 août 1882, a rendu une décision qui rejette cette conséquence du système : l'*action en nullité n'appartient qu'aux héritiers à réserve et aux institués contractuels* (Cass., 22 juill. 1884, D. 85. 1. 164, S. 85. 1. 112) ; les héritiers non réservataires ne pourraient attaquer pour cette cause les donations faites par leur auteur. Voyez aussi la note de M. Appleton, D. 1905. 2. 273.

L'action en nullité donnée au réservataire ne se confond pas avec son action en réduction ; par cette dernière il ferait seulement *réduire* la donation excessive ; par l'action en nullité il la fait *tomber pour le tout*.

3259. Présomption légale d'interposition de personne. — Quand la donation a été faite en apparence à un tiers et qu'elle est attaquée comme étant adressée réellement au conjoint, c'est à celui qui l'attaque de prouver l'interposition de personne. Il n'y a là qu'une application du droit commun. Mais la loi prévoyant que le conjoint donateur serait souvent tenté de prendre comme personnes interposées certains parents qui touchent de près au conjoint donateur, a pour quelques cas particuliers *présumé l'interposition de personne*, de façon à dispenser de toute preuve sur ce point ceux qui attaqueraient la donation (art. 1100). Les personnes contre lesquelles cette présomption existe sont :

t. 49, p. 79, en note, comme contenant déjà la doctrine actuellement appliquée par la Cour de cassation, a en réalité un autre sens : Pothier dit que les Romains qui interdisaient *tout avantage entre époux*, annulaient en entier les actes simulés qui étaient pour le tout de pures libéralités, et « réformaient » les actes onéreux qui contenaient un avantage partiel pour l'autre époux, en lui enlevant cet avantage et en laissant subsister l'acte pour le surplus. Ce système était fondé sur le principe de l'*impossibilité absolue* de toute donation entre époux.

[1] Cette formule absolue est un effet de la confusion déjà signalée entre la question d'irrévocabilité et celle d'atteinte à la réserve (ci-dessus, n° 3255). Si on admet que la donation déguisée ou faite à personne interposée est nulle parce que sa forme secrète tend à priver le donateur du droit de la révoquer, il est bien clair qu'on n'a pas à s'inquiéter du point de savoir si la réserve est entamée, ni même s'il y a des héritiers réservataires. Mais alors on n'aboutit qu'à une action en nullité *ouverte au profit du donateur*, tandis que nous parlons ici de l'action en nullité garantissant la réserve.

1° *Les enfants de l'autre conjoint, issus d'un précédent mariage.* Ces enfants sont étrangers à l'époux donateur ; il est fort à craindre, s'ils ont reçu une libéralité, qu'elle soit destinée à l'autre époux. — Au contraire, si la donation est faite à un enfant commun aux deux époux, la présomption d'interposition disparaît : on peut croire que la donation est inspirée par l'amour paternel ou maternel. Cette interposition est cependant possible ; elle peut avoir eu lieu et rendre la donation nulle : mais il faut qu'elle soit prouvée par le demandeur.

2° *Les parents dont le conjoint donataire est héritier présomptif au jour de la donation.* C'est en effet une combinaison très simple pour faire parvenir les biens à l'autre époux. Il suffit que la qualité d'héritier présomptif ait existé ; il n'est pas nécessaire que le conjoint du donateur ait réellement succédé au donataire apparent.

La double présomption légale de l'art. 1100 est une présomption irréfragable ; elle ne souffre pas la preuve contraire puisque, sur son fondement, la loi annule un acte (art. 1352).

F. — Combinaison avec la quotité disponible ordinaire [1].

3260. Prohibition du cumul. — Lorsqu'une personne mariée meurt ayant fait des libéralités à la fois à son conjoint et à d'autres personnes, il y a deux quotités disponibles, l'une au profit du conjoint, réglée selon les cas par l'art. 1094 ou par l'art. 1098, l'autre au profit des tiers, réglée par les art. 913 et suiv.

Ces deux disponibles ne peuvent pas être donnés ou légués en même temps, l'un à l'époux, l'autre aux tiers. Cela est évident, car leur réunion anéantirait la réserve, et peut même dépasser le total de la succession. De là nous tirons la première règle à suivre :

Les deux quotités ne peuvent être cumulées et l'ensemble des libéralités ne peut pas dépasser la plus forte de ces deux quotités. Ce principe est aujourd'hui admis universellement. Comp. Nancy, 25 févr. 1891, D. 91. 2. 353, S. 92. 2. 65. Voyez toutefois la correction proposée ci-dessous, n° 3263 *in fine.*

***3261. Application.** — Pour l'application de ce principe on doit se guider sur la double règle suivante :

Lorsque la quotité disponible entre époux est la plus faible, l'époux ne peut plus rien recevoir dès que les libéralités faites *à des tiers ou à lui-même* ont épuisé cette quotité : l'*excédent n'est disponible qu'au profit des enfants ou des étrangers.*

Lorsque c'est la *quotité ordinaire* qui est la plus faible, et qu'elle se trouve épuisée par des libéralités faites soit au conjoint, soit à d'autres, les enfants et les tiers ne peuvent plus rien recevoir : *l'excédent n'est disponible qu'au profit du conjoint seul.*

Les hypothèses de fait qui se présentent sont tellement variées et leur discussion tellement compliquée qu'il est impossible d'entrer ici dans leur

[1] Voir Réquier, *De la combinaison des art.* 913 *et* 1094, dans *Revue historique de droit français et étranger,* 1864, t. X, p. 97.

examen détaillé (voyez Dalloz, *Suppl.*, v° Dispositions entre vifs, n°s 199 à 213). Nous nous bornerons à étudier deux sources particulières de difficultés, tenant l'une à ce que le disponible existe tantôt en usufruit et tantôt en propriété ; l'autre à ce qu'il n'y a pas toujours une différence de date entre les libéralités faites par le défunt.

3262. Difficulté née de dispositions en usufruit. — Le défunt laisse trois enfants nés du mariage : la quotité disponible ordinaire est d'un quart. Le *contrat de mariage* porte donation mutuelle au profit du survivant de *moitié en usufruit.* A-t-il été permis au défunt de disposer encore au profit de ses enfants ou d'étrangers de la *nue propriété du quart,* qui était disponible en pleine propriété au profit de toutes personnes ? Non. La jurisprudence est fixée en ce sens et ses arrêts sont très nombreux. La Cour de cassation surtout a constamment jugé de la sorte (Cass., 2 août 1853, D. 53. 1. 300, S. 53. 1. 728) et elle est aujourd'hui suivie par la grande majorité des Cours d'appel (Toulouse, 20 déc. 1871, D. 73. 2. 17, S. 72. 2. 97). L'idée qui a entraîné cette solution est l'*évaluation de l'usufruit* ou sa conversion fictive en pleine propriété : comme il arrive souvent que l'usufruit vaut la moitié de la pleine propriété, il se trouve que le don de la moitié des biens en usufruit équivaut à celui du quart en propriété. Par suite la donation faite au conjoint étant antérieure à toutes les autres, puisqu'elle est contenue dans le contrat de mariage, le défunt a du premier coup épuisé toute la quotité disponible, et il n'a pu dans la suite rien donner à qui que ce soit, ni à un tiers, ni à ses enfants, ni en propriété, ni en usufruit.

Cette solution est extrêmement fâcheuse, car les donations en usufruit sont très fréquentes dans les contrats de mariage, et, sauf convention contraire, ces donations sont irrévocables. Alors la puissance paternelle se trouve désarmée ; le père et la mère ne peuvent plus amoindrir le lot d'un de leurs enfants pour avantager les autres. Aussi la doctrine résiste autant qu'elle peut (Aubry et Rau, § 689, note 24 ; Demolombe, t. XXIII, n° 525), et on peut voir dans le changement de jurisprudence signalé ci-dessous, relativement à la manière d'évaluer l'usufruit, un tempérament destiné à atténuer les conséquences du principe, l'évaluation faite d'après l'âge et la santé du conjoint survivant donnant presque toujours un chiffre inférieur à celui qui résultait du système primitivement suivi. En tout cas, il y a une réflexion pratique à tirer de là : il faut éviter de faire des donations en usufruit à son conjoint par contrat de mariage, ou ne les faire qu'en se réservant expressément la faculté de révocation, comme cela est permis[1].

[1] Une combinaison ingénieuse s'est présentée dans la pratique pour corriger l'inconvénient du système de la jurisprudence. L'époux qui a eu l'imprudence de faire

Mode d'évaluation de l'usufruit. — La jurisprudence a varié sur la base d'après laquelle doit se faire cette évaluation. Les arrêts anciens appliquaient ici une règle fixe, formulée par la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement (art. 15), d'après laquelle l'usufruit s'évaluait toujours à la moitié de la pleine propriété (Paris, 31 mai 1861, D. 63. 2. 91). Mais des arrêts plus récents admirent que cette règle était propre aux matières fiscales et qu'elle était destinée à simplifier les opérations de l'enregistrement. En matière civile il faut procéder à une évaluation plus exacte et estimer la valeur de l'usufruit d'après l'âge et la santé de l'usufruitier (Cass., 28 mars 1866, D. 66. 1. 397, S. 66. 1. 217 ; Caen, 3 mai 1872, D. 73. 2. 218, et Toulouse, 20 déc. 1871 précité). — Du reste, le droit fiscal lui-même s'est rapproché de cette solution (L. 25 février 1901, art. 13). Voyez ci-dessus, n° 3107.

3263. Difficulté née de la contemporanéité des dispositions testamentaires. — Lorsque toutes les libéralités, tant au profit de l'époux survivant que des tiers, ont été *faites par testament,* elles sont *toutes contemporaines,* elles datent toutes du jour du décès, et l'antériorité de l'une d'elles, qui caractérisait l'hypothèse précédente, ne se rencontre plus. — Supposons qu'il reste deux fils ; la quotité disponible ordinaire est d'un tiers. Le défunt a légué *à son conjoint la moitié en usufruit ; à l'un de ses fils ou à un étranger un tiers en nue propriété.* La jurisprudence admet que les deux libéralités s'exécutent *sans réduction,* quoique leur réunion dépasse la quotité disponible la plus forte, qui est celle de l'art. 1094 : un *tiers* en nue propriété est plus que le *quart* en nue propriété que le défunt aurait pu léguer à son conjoint ; la différence est d'un douzième (Cass., 3 mai 1864, D. 64. 1. 173, S. 64. 1. 273). Cette solution est certainement meilleure que la précédente, avec laquelle il est manifestement impossible de la concilier.

J'estime donc qu'il conviendrait de modifier de la façon suivante, le principe fondamental énoncé ci-dessus au n° 3260 : *l'ensemble des libéralités ne peut dépasser celle des deux quotités qui est la plus forte, soit en usufruit, soit en nue propriété, en évaluant séparément pour ces deux droits le*

par contrat de mariage à son conjoint une libéralité irrévocable qui épuise sa quotité disponible, lui fait *par testament* une seconde libéralité ayant le même objet que la première, par exemple la moitié de ses biens en usufruit. Ce legs ouvre une *option* au conjoint gratifié : il faut qu'il renonce à l'une des deux pour s'en tenir à l'autre. S'il renonce à celle qu'il avait reçue par contrat de mariage, pour accepter le legs, la libéralité qui lui est faite devient *contemporaine* de celle qui est faite aux enfants ou à des étrangers, et on peut lui appliquer le système admis par la jurisprudence pour le cas de *libéralités simultanées,* signalé au n° 3263. Le maximum disponible sera apprécié séparément pour la nue propriété et pour l'usufruit : l'époux prendra une moitié *en usufruit,* les autres gratifiés pourront recevoir *en nue propriété* un tiers ou un quart de succession selon qu'il y aura deux enfants ou davantage (Cass., 3 juin 1863, D. 64. 1. 32, S. 63. 1. 417 ; Rouen, 18 mai 1876, D. 78. 2. 110, S. 77. 2. 139). Toutefois, cette option du conjoint ne peut s'exercer qu'après l'ouverture de la succession (Agen, 12 déc. 1866, D. 67. 2. 17, S. 68. 2. 37).

D'autre part, la Cour de Lyon a rendu en 1900 un arrêt qui a écarté l'évaluation de l'usufruit ou sa conversion fictive en pleine propriété avec imputation obligatoire sur la quotité disponible ordinaire, même lorsque les libéralités n'étaient pas *simultanées* et que le conjoint avait reçu une moitié en usufruit par une libéralité contenue dans le contrat de mariage (Lyon, 9 mars 1900, D. 1900. 2. 409).

maximum disponible, ce qui entraînerait l'abandon de la jurisprudence énoncée et critiquée au n° 3262 ci-dessus.

CHAPITRE III

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

3264. Bibliographie. — I. ***Droit ancien.*** — Ricard, *Des deux espèces de substitution directe et fidéicommissaire* (*Œuvres complètes*, t. II). — Pothier, *Traité des substitutions*, à la suite de son « Traité des Donations » (édit. Bugnet, t. VIII). — Furgole, *Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions*, 1767. — Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Paris, 1778.

II. ***Droit moderne.*** — Outre l'ouvrage déjà ancien de Rolland de Villargues (3e édit., 1833), voir Ed. Lambert, *De l'exhérédation*, nos 771 à 882 et les traités généraux sur les Donations et testaments. — Alb. Tissier, *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées* (*Revue trimestrielle*, 1903, p. 743). — Pilon, *Revue trimestrielle*, 1902.

** **3265. Définition.** — On appelle « substitution fidéicommissaire » toute disposition par laquelle *l'auteur d'une libéralité charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens qu'il lui donne, pour les transmettre en mourant à une seconde personne désignée par le disposant.* — Sous une forme plus pratique, on peut dire que la substitution traduit le désir, chez celui qui donne ou qui lègue, de régler non seulement sa propre succession, mais *celle de ses donataires ou légataires*, du moins *quant aux biens qu'il leur transmet*, et d'en déterminer lui-même la dévolution par hérédité à l'avenir, souvent d'une façon indéfinie, de génération en génération.

Cette clause peut se rencontrer aussi bien dans une libéralité entre vifs que dans un legs.

Toute substitution contient en réalité deux *libéralités* :

L'une au profit de la personne gratifiée en première ligne, que l'on appelle *le grevé*.

La seconde au profit de celui ou de ceux qui doivent la recueillir à la mort du grevé, et qu'on nomme *les appelés*, parce qu'ils sont appelés à bénéficier de la substitution dont est tenu le grevé.

Ordinairement les appelés sont les enfants et descendants du grevé.

** **3266. Observation.** — Il y a une autre espèce de substitution qu'on appelle la *substitution vulgaire*. Celle-ci consiste à désigner un second légataire, qui recueillera le legs *à la mort du disposant*, si le légataire gratifié

en première ligne ne le recueille pas pour une cause quelconque. C'est une institution en sous-ordre, *sub-institutio*.

Ce genre de substitution est fréquent dans les testaments, parce que le testateur, qui peut vivre de longues années après avoir testé, doit prévoir que le légataire choisi par lui peut prédécéder, ou même peut-être qu'il refusera ; il doit donc lui substituer quelqu'un pour que son testament ne reste pas inutile. La même précaution est très rare au contraire dans les donations qui sont généralement acceptées d'une manière définitive, soit immédiatement, soit après un court intervalle ; on n'a pas à en prévoir la caducité.

Il est évident que la substitution vulgaire diffère profondément de la substitution fidéicommissaire : il n'y a pas ici *deux libéralités* devant produire *successivement* leur effet, il n'y en a qu'une : le testateur lègue en apparence seulement à deux personnes, parce que la seconde ne doit recueillir que si la première libéralité n'a pas d'effet ; la seconde libéralité est donc *subordonnée à la condition de caducité de la première*, et finalement une seule s'exécutera.

La substitution vulgaire n'est soumise à aucune règle particulière ; elle ne soulève aucune difficulté. L'art. 898 l'autorise dans les termes les plus généraux. Nous n'en dirons rien de plus. — Au contraire, les substitutions fidéicommissaires offrent des intérêts pratiques considérables, et la théorie en est très difficile à bien pénétrer. Elles ont joué un rôle important dans notre histoire et c'est d'elles que l'on parle quand on dit « les substitutions », tout court.

§ 1. — *Histoire de la législation en matière de substitutions.*

3267. Origine historique des substitutions. — De tout temps les donateurs et testateurs ont eu le désir de régler indéfiniment l'avenir selon leurs goûts et leurs idées, ou tout au moins de prolonger l'influence de leur volonté pendant plusieurs générations après eux. Les Romains déjà avaient cette tendance, et ils utilisèrent dans ce but une institution qui avait une autre fonction, le *fidéicommis*. Sous sa forme primitive, le fidéicommis servait seulement à faire parvenir des biens à une personne qui n'aurait pas pu être instituée directement comme héritier ou comme légataire ; on s'adressait à un intermédiaire appelé *fiduciaire*, en qui on avait confiance, et on le priait de restituer les biens à la personne qu'on lui désignait et qui était appelée *fidéicommissaire*, parce qu'elle bénéficiait du fidéicommis. Pratiquée d'abord comme simple affaire de conscience, abandonnée à la bonne foi du fiduciaire (d'où le nom de *fideicommissum*), la restitution du fidéicommis devint obligatoire sous Auguste.

3268. Fidéicommis graduels. — Sous sa forme *simple*, le fidéicommis romain ne nous aurait pas donné nos substitutions, parce que les biens ne faisaient que passer par les mains du fiduciaire, et la restitution en était, sinon immédiate, du moins assez prompte. On imagina de faire des fidéicommis à plusieurs degrés : le premier fidéicommissaire devenant à son tour fiduciaire, grevé d'un second fidéicommis au profit d'une troisième personne, et ainsi de suite. En même temps on laissait à chaque fiduciaire successif la possession et la jouissance intérimaires, plus ou moins longues, des biens compris dans le fidéicommis. On eut ainsi la *substitution graduelle* de notre ancien droit, libéralité profitant successivement à plusieurs personnes.

***3269. Leur faveur dans l'ancien droit.** — On conserva bien, pour certains

cas où il pouvait être utile, le fidéicommis simple, avec ses dénominations anciennes, de *fiduciaire* et *fidéicommissaire* ; mais le fidéicommis graduel prit une importance inattendue sous le nom nouveau de *substitution*.

Dans un temps où l'on ne connaissait guère d'autre richesse que la terre, et où les familles nobles présentaient le spectacle d'une décadence lente, mais sûre, par l'effet des partages, il était de toute nécessité d'en assurer le maintien par tous les moyens possibles, si l'on voulait conserver autour du trône une noblesse nombreuse et riche. Le droit d'aînesse ne suffisait pas à atteindre ce but, car s'il créait dans chaque famille un héritier du nom, possesseur de la plus grosse part de la fortune, il n'assurait pas la transmission indéfinie de cette fortune. On pouvait toujours craindre d'en voir le dépôt tomber entre des mains inhabiles ou malheureuses, et de la voir s'anéantir. Les substitutions furent la garantie de la noblesse : en rendant les biens inaliénables entre les mains du grevé, on le forçait, en quelque sorte, à rester riche malgré lui, et on protégeait contre tout risque le patrimoine de la famille future.

3270. Inconvénients des substitutions. — On établissait ainsi un nouveau genre de succession, dans lequel la volonté de l'homme prenait la place de la loi, comme dit le préambule de l'ordonnance de 1747, car le disposant choisissait lui-même les appelés. L'inconvénient capital du système était de lier les mains pour de longues années, parfois pour des siècles, aux propriétaires successifs des biens substitués. L'immobilité perpétuelle de la propriété foncière pouvait être un secours pour le régime féodal et monarchique, mais elle faisait payer cher ses services. D'ailleurs elle n'a pas empêché la ruine de la noblesse, que les libéralités connues ou secrètes du roi ne purent sauver ; le développement du commerce et des richesses mobilières lui fut fatal. Voyez ce qui arriva à Colbert pour son édit sur la publicité des hypothèques (t. II, n° 2681) ; voyez aussi ce qu'en pensait Rossi, *Cours d'économie politique*, 3e édit., t. II, p. 159. Comp. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. V, chap. ix.

3271. Limitations successives. — Les abus étaient tels que la royauté elle-même apporta de très bonne heure des restrictions considérables au droit de faire des substitutions. L'ordonnance d'Orléans (janvier 1560) défendit de faire à l'avenir des substitutions *ayant plus de deux degrés*, « après l'institution et première disposition, icelle non comprise » (art. 59), c'est-à-dire que deux générations au plus devaient se trouver grevées de la charge de conserver et de rendre. On prétendit alors que les substitutions antérieures à 1560 devaient demeurer perpétuelles, l'ordonnance n'ayant statué que pour l'avenir ; mais l'ordonnance de Moulins (février 1566), par une disposition transactionnelle, les limita à quatre degrés (art. 57).

L'ordonnance de 1747, sur les substitutions, qui régla entièrement la matière, renouvela la défense de l'ordonnance d'Orléans (art. 30 et suiv.). Le chancelier d'Aguesseau, qui la rédigea, aurait voulu les supprimer, car il écrivait quelques années auparavant que « l'abrogation entière des fidéicommis serait peut-être la meilleure de toutes les lois » (*Œuvres*, t. IX, Lettre du 24 juin 1730).

3272. Abolition des substitutions. — La Révolution, qui anéantit l'organisation féodale et nobiliaire de la France, supprima les substitutions ; la loi du 14 novembre 1792 les prohiba absolument pour l'avenir et annula toutes celles qui, faites antérieurement, n'étaient pas encore *ouvertes*[1] à cette date. On justifie ordinairement cette mesure en disant que la Révolution cherchait à faciliter la circulation des biens et à débarrasser la terre des entraves qui en gênaient les propriétaires. Il y a peut-être un peu de cette idée dans l'opinion du temps, mais les vrais motifs sont d'ordre politique : on ne les donne pas d'ordinaire ; ils sont avoués dans une lettre de Bonaparte (A. Du Casse, *Mémoires et correspondances... du roi Joseph*, 3e édit., 1856, t. II, p. 299 et 300).

****3273. Régime du Code civil.** — Le Code civil conserva le principe

[1] On dit que la substitution *s'ouvre* quand le grevé meurt et qu'il existe au moment de son décès des appelés capables de recueillir les biens substitués.

nouveau : les substitutions sont *prohibées* (art. 896). Cependant, dans une autre partie du Code, et sans dire qu'on autorisait des *substitutions* (le mot n'y est pas prononcé), les rédacteurs de la loi permirent d'en faire dans certains cas exceptionnels et avec diverses conditions et restrictions. Ce sont les *substitutions permises* (art. 1048 à 1074).

***3274. Les majorats.** — Une seconde exception fut introduite peu de temps après le vote du Code civil. Elle était beaucoup plus grave parce qu'elle était inspirée par le même esprit qui avait fait prospérer les substitutions sous l'ancien régime : ce fut la création des *majorats* [1]. Un Sénatus-consulte du 14 août 1806, inséré en 1807 dans le Code civil (al. 3, ajouté à l'art. 896), permit de créer des *substitutions perpétuelles* sur des biens attachés à un *titre de noblesse* dont ils formaient la *dotation*, transmisible de mâle en mâle par ordre de primogéniture.

C'est sur cette institution des majorats que Napoléon comptait pour former sa noblesse d'empire. On en distinguait de deux sortes : 1° les *majorats de propre mouvement*, créés par le chef de l'État lui-même, avec des biens domaniaux ; 2° les *majorats sur demande*, fondés par des particuliers avec leurs propres biens, après une autorisation du gouvernement. Les majorats n'eurent qu'un succès éphémère. Une loi du 12 mai 1835 a interdit d'en créer de nouveaux à l'avenir. Quant à ceux qui existaient on en fit deux parts :

1° Les majorats de propre mouvement furent maintenus purement et simplement. En 1904 il en existait encore 39, comprenant des rentes 3 0/0, des immeubles et des actions de la Banque de France, et leur revenu annuel s'élevait à 1 055 584 francs. Le Gouvernement, d'accord avec la majorité des bénéficiaires, a proposé aux Chambres une combinaison de rachat à un taux très réduit ; l'indemnité a été calculée comme s'il s'agissait d'usufruits reposant sur la tête de personnes âgées de cinquante ans (L. 22 avril 1905). Voyez le journal *Le Temps* du 24 octobre 1904, qui a donné la liste des majorataires.

2° Les majorats sur demande ont été limités d'abord à deux degrés en 1835, non compris l'institution (Cass., 6 avril 1894, D. 95. 1. 7, S. 94. 1. 216). Plus tard, la loi du 7 mai 1849 en restreignit encore l'effet en déclarant abolis tous ceux pour lesquels il n'existait pas d'appelés nés ou conçus au jour de sa promulgation ; on respectait seulement les droits acquis et la plupart des majorats de cette sorte sont aujourd'hui éteints et les biens qui les composaient sont redevenus libres entre les mains de leurs possesseurs ; en octobre 1904 il n'en restait plus que trois pour la somme modeste de 10 376 francs de rente 3 0/0.

3275. Loi de 1826. — Sous la Restauration, une nouvelle exception fut admise. Une loi du 17 mai 1826 permit au père d'employer la quotité disponible au profit d'un de ses enfants en le grevant de substitution [2]. Ces substitutions étaient valables pour deux degrés (deux générations). On voulait consolider la monarchie en maintenant le plus possible la fortune de la noblesse. La loi de 1826 a été abrogée par la loi du 7 mai 1849, qui mit également fin aux majorats. Quant aux substitutions alors existantes en conformité de cette loi, elles furent maintenues seulement au profit des appelés déjà *nés* ou *conçus* à cette époque (mai 1849). S'il n'y en avait pas, les biens substitués devenaient libres et disponibles entre les mains du grevé. Sous l'inspiration de M. Valette, rapporteur de la loi, on se montra donc plus respectueux des droits acquis en 1849 qu'en 1792.

[1] Sur les majorats, voir la thèse de M. P. Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne*, Paris, 1899, p. 610-613 ; et celle de M. H. Dudouit, *Les majorats au point de vue financier*, Paris, 1907.

[2] Cette loi contenait une autre partie qui rétablissait le droit d'aînesse, mais qui fut rejetée par les Chambres. Sur cette loi, voir Verdelot, thèse précitée, p. 614-634.

§ 2. — *De la prohibition des substitutions.*

****3276. Justification de la prohibition.** — En mettant à part les haines politiques qui firent supprimer les substitutions en 1792 et en 1849, il reste encore assez de motifs pour en maintenir la prohibition. L'inaliénabilité prolongée qui en résulte pour des fortunes considérables est une source de fraudes et de surprises. Les grevés de substitution cherchaient perpétuellement à aliéner ou à emprunter sur hypothèque et ne pouvaient le faire que dans des conditions désastreuses pour eux et pour les tiers, ceux-ci étant nécessairement exposés à voir leurs droits se résoudre par l'ouverture du droit des appelés. Gênés dans leurs projets, les grevés s'en dédommageaient par une exploitation abusive, ou en laissant dépérir des biens dont ils ne pouvaient pas tirer parti à leur gré. Enfin les créanciers, qui avaient pu compter sur les biens substitués à un moment où il n'y avait personne d'appelé à les recueillir, se les voyaient souvent enlever par la survenance d'enfants inattendus. On s'en plaignait déjà à tous ces points de vue dès le XVIe siècle. Voyez GUI COQUILLE, *Coustume de Nivernois,* chap. XXXIII, art. 10 : « Car celui qui a une chevance substituée n'est pas maistre et seigneur de son bien... et l'evenement faict quelques foys l'heredité coquine de celuy que l'on pensoit estre bien riche ».

3276 *bis*. Législations étrangères. — Dans la plupart des pays étrangers, les substitutions sont prohibées comme en France et même plus sévèrement, car plusieurs Codes ont rejeté l'exception admise par nos art. 897 et 1048. Voyez pour la *Roumanie*, ALEXANDRESCO, p. 134 ; pour l'*Italie*, HUC, *Code civil italien*, t. I, p. 227.

Cependant, le *Code néerlandais*, qui est bien antérieur aux deux précédents, a conservé et même développé le système français (art. 928 et art. 1020 à 1038).

3277. Observation préliminaire. — L'art. 896 est conçu en termes beaucoup trop généraux. Après avoir dit : « Les substitutions sont prohibées, » la loi ajoute : « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera *chargé de conserver et de rendre* à un tiers, sera nulle... ». Il y a beaucoup de cas dans lesquels cette charge existe sans qu'il y ait *substitution prohibée* et la recherche des caractères distinctifs de la vraie substitution forme la principale difficulté de cette matière.

A. — Caractères constitutifs de la substitution prohibée.

****3278. Énumération.** — Toute substitution contient, par définition, une *double libéralité* faite à *deux personnes différentes*. Ceci exclut d'abord de la prohibition légale tous les cas dits de *fiducie*, dans lesquels il n'y a qu'une seule libéralité, parce que la personne gratifiée en première ligne n'est qu'un donataire ou un légataire apparent, chargé de restituer à une autre personne, après avoir conservé comme un dépôt des biens qui lui sont transmis pour la forme seulement. Sur les caractères qui permettent habituellement de reconnaître la simple fiducie et de la distinguer de la vé-

ritable substitution, voyez AUBRY et RAU, t. VII, § 693, 4e édit., p. 303-304, et les arrêts qu'ils citent. Du reste, presque toujours la simple fiducie se distingue du véritable fidéicommis parce qu'il lui manque l'un ou l'autre des caractères indiqués ci-dessous.

Lorsqu'il existe deux libéralités distinctes et sérieuses, faites successivement à deux personnes différentes, elles ne constituent une substitution prohibée qu'autant qu'elles réunissent les trois conditions suivantes :

1° L'existence d'un *délai retardant l'effet de la seconde libéralité* (trait du temps) ;

2° La *charge de conserver et de rendre,* imposée au premier gratifié ;

3° L'*ouverture du droit des appelés par la mort du grevé* (ordre successif).

Nos anciens auteurs analysaient autrement l'opération. Ils distinguaient : 1° la *double libéralité* ; 2° le *trait du temps* ; 3° l'*éventualité* ; 4° l'*ordre successif.* Dans cette liste, la charge de conserver et de rendre, qui est le point principal, fait défaut ; on la considérait jadis comme sous-entendue dans toute substitution ; quant à l'*éventualité,* elle me paraît inutile à énoncer séparément parce qu'elle est impliquée par l'*ordre successif,* qui est la dévolution des biens substitués à la mort du grevé au profit des appelés survivants.

1° Délai retardant la seconde libéralité (trait du temps).

** **3279. En quoi il consiste.** — La double libéralité, adressée par le disposant au grevé d'abord, aux appelés ensuite, ne produit pas ce double effet simultanément. Ces deux transmissions sont *successives* ; elles réalisent leurs effets l'une après l'autre, et non pas l'une à défaut de l'autre (Cass., 1er juill. 1891, D. 92. 1. 145, S. 91. 1. 337).

Il y a donc un délai qui retarde l'effet de la seconde libéralité. C'est cet intervalle, pendant lequel la première libéralité produit son effet au profit du grevé, que nos anciens auteurs appelaient le *tractus temporis,* ou *trait du temps.* Il n'y a donc pas substitution si les deux libéralités sont combinées de telle façon que l'une d'elles seulement doive produire effet à défaut de l'autre (Cass., 1er juill. 1891, précité).

2° Charge de conserver et de rendre.

** **3280. Son danger.** — C'est cette charge qui fait tout le danger des substitutions, parce qu'elle rend les biens qui en sont frappés *inaliénables* entre les mains du grevé.

* **3281. Désignation de l'appelé.** — Ordinairement le disposant désigne lui-même la personne qui sera appelée à recueillir le bénéfice de la substitution à la mort du grevé. Si le grevé restait libre d'attribuer les biens à une personne de son choix, il n'y aurait pas substitution, car personne n'aurait d'action contre ses héritiers s'il était mort en omettant de désigner quelqu'un.

Cependant, il y a désignation suffisante, quand le disposant appelle la *famille* du grevé à lui succéder (Cass., 27 mars 1889, D. 90. 1. 254, S. 92. 1. 455 ; Cass., 10 févr. 1891, D. 91. 1. 294, S. 91. 1. 105). Cette clause paraît devoir s'entendre des héritiers naturels dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, si le disposant n'a pas indiqué un autre ordre. Comp. Cass., 21 août 1866, D. 67. 1. 30 ; Cass., 27 avril 1874, D. 75. 1. 13, S. 74. 1. 315. Voyez aussi Cass., 16 févr. 1903, S. 1903. 1. 401[1]. Comp. Demolombe, *Donations*, t. I, n° 106.

3282. Qualité du grevé. — Ordinairement la charge de conserver et de rendre est imposée à un premier légataire choisi par le testateur ; mais elle pourrait l'être également à l'héritier ab intestat. Toutefois, la sanction ordinaire des substitutions ne pourrait être appliquée ici ; l'héritier ab intestat ne serait pas privé de la succession à laquelle il est appelé par la loi elle-même, malgré l'annulation du testament, et la libéralité faite au second gratifié serait seule anéantie.

3° Ouverture de la substitution par la mort du grevé (ordre successif).

****3283. L'ordre successif comme caractère des substitutions prohibées.** — Il n'y a pas de substitution quand la seconde libéralité doit recevoir son effet à une époque autre que le décès du premier gratifié. L'essence de la substitution est de régler d'avance la succession du grevé relativement aux biens substitués : le disposant en règle lui-même la dévolution, supprimant par sa volonté la liberté de tester en la personne de celui qu'il gratifie. C'est ce que nos anciens auteurs appelaient l'*ordo successivus*. Là est encore un des traits caractéristiques de la substitution : elle établit un régime successoral particulier, distinct du régime légal, et souvent contraire.

Par suite, il n'y a pas substitution si la charge de rendre ne doit pas s'ouvrir à la mort du grevé. Le testateur peut la lui imposer valablement, lorsque la condition d'où elle dépend est de nature à se réaliser *à une époque quelconque*, ou lorsqu'elle est établie *à terme*, à une époque fixe, déterminée par lui.

3284. Silence du texte. — On peut remarquer que l'art. 896, en définissant la charge de rendre comme élément constitutif des substitutions qu'il prohibe, ne précise pas qu'il s'agit d'une restitution à faire au décès du grevé. Mais cette condition est sous-entendue ; c'était une notion courante, que les rédacteurs de la loi n'ont pas songé à exprimer ; le mot l'implique. C'est seulement la *survie* de l'appelé au grevé qui ouvre à son profit la substitution

3285. Question relative aux personnes morales. — Une libéralité faite à un établissement d'utilité publique (une association régulièrement reconnue) peut-elle être entachée de substitution, lorsque le disposant, en prévision du cas où l'association viendrait à se dissoudre, décide que les biens qu'il donne ou lègue seront attribués à un autre établissement similaire ou recevront telle autre destination réglée par lui ? La Cour de cassation a admis l'affirmative, et on a annulé pour cette raison la libéralité entière

[1] Cet arrêt a annulé, comme contenant une substitution prohibée, une disposition portant interdiction d'aliéner « hors de la famille ». En note dans le *Sirey*, M. Pilon expose que l'on doit appliquer l'art. 900 et réputer la condition non écrite quand l'interdiction d'aliéner est générale, et l'art. 896 quand le bénéficiaire de la clause est désigné directement ou indirectement. Il cite Bourjon, qui disait : « L'interdiction d'aliéner emporte substitution lorsque sa fin est de gratifier quelqu'un » (*Droit commun de la France*, t. II, p. 164, n° 53).

(Cass., 12 févr. 1896, D. 96. 1. 545, S. 99. 1. 305). On ne saurait trop regretter une pareille décision, qui est l'un des effets les plus extraordinaires qu'ait produit l'inutile fiction de la personnalité des associations ; on s'est dit : c'est une *personne* qui est gratifiée ; la dissolution de l'association est *sa mort* ; voilà l'*ordre successif* caractéristique des substitutions prohibées. — Raisonnement de mots, qui sacrifie des intérêts sérieux et positifs à une raison imaginaire : il est admis par tout le monde que les associations qui se forment agissent prudemment, et prennent une précaution sage et utile en réglant elles-mêmes la dévolution de leurs biens après leur dissolution ; pourquoi cette même mesure ne pourrait-elle pas résulter d'une stipulation insérée dans l'acte même qui les rend propriétaires et librement acceptée par elles ? Il n'y a aucune similitude à établir entre le décès d'une personne et la dissolution d'une association. On objecte que ce serait donner aux particuliers le moyen d'assurer *la perpétuité à leurs volontés* ; est-ce que ce moyen n'est pas, en fait, à leur disposition ? Au lieu de donner leurs biens à des groupements passagers, susceptibles de disparaître, comme des associations privées, ils peuvent s'adresser à ceux qui jouissent de la pérennité, comme l'État ou la Ville de Paris. Voyez la note du *Dalloz*, sous Paris, 2 juin 1893, D. 93. 2. 513. — Comp. Cass., 15 mai 1901, S. 1903. 1. 182 ; Cass., 18 juin 1913, P. et S. 1914. 1. 236.

B. — Sanction de la prohibition des substitutions.

***3286. Sévérité de la loi.** — Une substitution se compose de deux libéralités, à effet successif : celle qui est faite au profit du grevé, celle qui est faite au profit des appelés. C'est cette dernière seule qui est illicite et condamnée par la loi. Il aurait donc suffit de l'annuler, et de laisser le grevé recueillir les biens qui lui ont été donnés ou légués, à l'état de biens libres, comme s'ils avaient fait l'objet d'une libéralité ordinaire. C'était ce qu'avait fait la loi du 14 novembre 1792, qui annulait seulement la charge de conserver et de rendre.

Le Code Napoléon s'est montré plus sévère : il annule *l'ensemble de la disposition,* c'est-à-dire *même la libéralité adressée au grevé* (art. 896, al. 2). Tout est nul, même à l'égard du donataire ou légataire chargé de rendre. Ainsi jugé dès 1806, dans une affaire Rayet (Agen, 30 avril 1806, S. chr. et MERLIN, *Répertoire,* v° Substitutions, sect. I, § 14).

Cette sévérité exceptionnelle est destinée à mieux assurer le respect de la loi, qui voulait faire disparaître une institution condamnée : on annule une première libéralité, qui est valable par elle-même, dans la crainte que celui qui l'a reçue ne se conforme par scrupule aux intentions du disposant. Le législateur devait voir, dès 1804, avec quelle opiniâtreté la pratique lutterait pour conserver un mode de disposer qui répond au secret désir d'un grand nombre de gens[1].

[1] On n'imagine pas combien de testaments sont annulés pour substitution prohibée. Souvent même on ne plaide pas : les avocats consultés reconnaissent la substitution comme évidente, et conseillent aux parties de tenir le testament pour nul, au lieu de faire des frais inutiles. C'est une tendance toute naturelle à l'homme, surtout chez les gens de cœur et d'énergie, de vouloir régler, dans l'avenir, le sort de leur famille, quand ils voient qu'ils ont affaire à des volontés débiles et à des intelligences incapables. Même sans cela, l'homme se plaît à édifier des combinaisons à longue durée, et la substitution est un instrument si commode, que beaucoup de testateurs s'en servent en fait qui en ignorent même le nom.

*3287. **Nature de la nullité.** — La nullité qui frappe les substitutions n'est pas une simple nullité relative ; c'est une nullité *absolue,* fondée sur des motifs d'ordre public, et que rien ne peut réparer. L'exécution volontaire de la disposition ne vaudrait donc pas confirmation, et les héritiers légitimes conserveraient leur action contre les légataires (Cass., 24 avril 1860, D. 60. 1. 224, S. 60. 1. 514 ; Cass., 8 nov. 1892, D. 93. 1. 92, S. 94. 1. 500. Voyez cependant Cass., 11 déc. 1860, D. 61. 1. 25, S. 61. 1. 185 ; Cass., 5 mars 1866. D. 66. 1. 124).

La nullité ne s'effacerait pas davantage si l'un des deux bénéficiaires venait à renoncer : il resterait toujours vrai que le défunt a voulu faire une substitution. Il en serait autrement si l'un des deux legs devenait caduc du vivant du testateur ; la nullité serait évitée parce que, lors du décès, l'institué survivant recueillerait une propriété franche et libre ; le vice se trouverait ainsi purgé (Cass., 9 mars 1873, D. 73. 1. 55).

3288. Nullité des clauses pénales. — Souvent le testateur cherche à assurer le respect de sa volonté en établissant une peine contre ceux qui attaqueraient son testament. Cette disposition est nulle, comme celle qu'elle a pour but de garantir.

*3289. **Effet de la nullité.** — Quand c'est un legs universel qui est grevé de substitution, la nullité qui le frappe profite aux héritiers légitimes, puisque le légataire universel est écarté par l'art. 896. Il en est de même, si la substitution porte seulement sur une partie : pour cette part, le legs principal est nul, et l'hérédité fait partiellement retour aux successeurs ab intestat (Cass., 10 févr. 1891, D. 91. 1. 294, S. 91. 1. 105 ; Cass., 27 juin 1894, D. 95. 1. 294).

La jurisprudence applique la même solution lorsque la charge de restitution est imposée au légataire universel, non pas pour une fraction, mais pour un simple corps certain, pour un bien déterminé : ce bien doit faire retour aux héritiers du sang (Cass., 16 mars 1874, D. 74. 1. 354, S. 74. 1. 299). Cette dernière solution pourrait être contestée, car le *titre universel* qui donne au légataire vocation à l'hérédité entière reste intact ; ce n'est pas lui qui est entaché de substitution.

En tout cas, il est certain que le légataire universel profiterait de la nullité à l'exclusion des héritiers ab intestat, si c'était seulement un legs particulier, dont il était lui-même chargé, qui se trouvait grevé de substitution : la nullité frapperait les deux légataires successifs, et le bien reviendrait au légataire universel en vertu de sa vocation au tout.

C. — Dispositions échappant à la nullité.

*3290. **Tendance nouvelle de la jurisprudence.** — Le temps n'est plus où la substitution apparaissait comme un mal social et un danger politique, où son nom seul était odieux. Depuis la promulgation du Code, la pratique a fait d'innombrables efforts pour éluder la disposition de l'art. 896 : on s'y est pris de toutes les façons pour le tourner, le battre en brèche ;

pour décomposer les substitutions en éléments distincts et leur trouver des formules nouvelles capables de les rendre valables. Et les tribunaux ont suivi le mouvement; leurs décisions se sont accumulées, ouvrant la porte toujours plus grande aux combinaisons dont on faisait usage, tant qu'enfin en 1873, la Cour de cassation rendit deux arrêts qui, achevant l'évolution, ne laissaient presque plus rien subsister de la prohibition légale. Mais bientôt après elle abandonna une partie de son système, et depuis lors le désarroi le plus complet règne dans la jurisprudence [1]. On lira avec intérêt sur ce sujet la belle étude de M. LAMBERT, signalée au n° 3264.

3291. Observation. — Si l'on veut bien comprendre la portée exacte des arrêts qui vont être analysés, il importe de se rendre compte que la destruction progressive de la prohibition des substitutions a laissé debout une autre prohibition du Code civil, celle qui défend de faire des libéralités à des personnes non encore conçues (art. 906). Par suite, même en usant de toute la liberté que leur laisse la jurisprudence, les particuliers ne peuvent se mouvoir que dans un cercle assez étroit, en appelant uniquement à bénéficier de leur libéralité des personnes *déjà vivantes ou tout au moins conçues au jour de leur décès*. De là résulte que le fonctionnement des combinaisons actuelles est limité en fait *à un seul degré d'appelés*, sans qu'il y ait pourtant en elles une raison théorique infranchissable qui empêche de faire plus.

***3292. Fidéicommis sans obligation de restituer.** — Il est évident qu'il n'y a pas de substitution, lorsque le disposant n'a pas imposé à son prétendu grevé l'obligation *juridique* de transmettre aux appelés les biens qu'il lui donne ou lègue, mais s'est borné à émettre un *vœu* ou une *prière*, pour lui faire connaître son désir à cet égard (Cass., 19 mars 1856, D. 56. 1. 123, S. 56. 1. 685; Cass., 26 juin 1882, D. 84. 1. 447, S. 82. 1. 405; Cass., 14 juin 1899, D. 1900. 1. 353). Ce point était déjà admis dans l'ancien droit (RICARD, n° 312).

Mais nos tribunaux sont allés plus loin; ils ont interprété systématiquement les testaments comme contenant la simple expression d'un vœu, de façon à les rendre valables toutes les fois que l'obligation de conserver et de rendre ne s'y trouvait pas écrite expressément en termes impératifs. Voyez notamment, à titre d'exemples, Cass., 8 juill. 1834, D. 34. 1. 37, S. 34. 1. 754; Cass., 16 mars 1875, D. 75. 1. 483, S. 75. 1. 150. On supprime, il est vrai, par là toute garantie de restitution en faveur des appelés, mais on leur laisse au moins une chance de profiter de la substitution et, de plus, on rend valable la libéralité de première ligne.

***3293. Fidéicommis sans inaliénabilité** (LEGS DE RESIDUO). — Très fréquemment le disposant se rapproche davantage d'une véritable substitution, en ce sens qu'il *oblige* le grevé à restituer ce qu'il possédera encore à sa mort; mais il ne frappe pas les biens d'inaliénabilité : le grevé conserve

[1] Voyez le relevé fait en note sous le n° 3296. — Dans la doctrine on trouve encore des partisans d'une répression rigoureuse. Voyez les observations de M. Pilon, dans la *Revue trimestrielle* de 1902, p. 924, et dans S. 1903. 1. 401.

toute liberté de disposer, et les appelés ne peuvent réclamer que la propriété de ce qui restera à son décès. C'est ce qu'on appelle le fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit*.

Validité de la disposition. — Sous l'empire de la loi de 1792, on considérait ce genre de fidéicommis comme prohibé aussi bien que les autres (Cass., 18 frimaire an V, S. chr. ; Paris, 19 juin 1808, S. chr. ; Riom, 6 avril 1821, S. chr.), et il en fut de même pendant quelque temps pour l'interprétation de l'art. 896 (Metz, 16 févr. 1815, S. chr.). Mais en 1825 et en 1827, il se produisit un changement de jurisprudence, sous l'influence des idées qui régnaient alors et qui étaient favorables à l'emploi des substitutions dans les familles nobles : il fut jugé que le fidéicommis *de residuo* était valable (Bastia, 20 janv. 1825, et, sur pourvoi, Cass., 1er févr. 1827, D. 27. 1. 130, S. chr.). Cette jurisprudence nouvelle, contemporaine de la loi de 1826 signalée ci-dessus au n° 3275, aurait pu être abandonnée quand les idées politiques changèrent ; elle a cependant été maintenue (Cass., 27 févr. 1843, D. 43. 1. 181, S. 43. 1. 440 ; Cass., 2 mars 1864, D. 64. 1. 214, S. 64. 1. 167)[1]. Ces dispositions sont donc valables et s'exécutent, non seulement au profit du grevé, mais même au profit des appelés.

La validité du fidéicommis *de residuo* a toujours été admise par la doctrine, parce que cette disposition ne tombe pas littéralement sous la prohibition écrite dans le Code civil : elle contient bien *la charge de rendre*, mais elle ne contient pas *la charge de conserver* ; or ce que l'art. 896 défend c'est la disposition qui charge le légataire ou donataire *de conserver et de rendre*. Toullier (V, 38) et Duranton (VIII, 75) se prononçaient déjà en ce sens, et c'est encore l'opinion des auteurs modernes (Aubry et Rau, t. VII, § 694, note 28). Il est certain que le fidéicommis *de residuo*, n'établissant aucune inaliénabilité, n'a pas les inconvénients d'ordre économique que l'on reproche aux substitutions.

Effets du legs de residuo. — A l'époque romaine, ce genre de fidéicommis entraînait de plein droit, pour celui qui y était soumis, l'impossibilité de disposer des biens à titre gratuit, soit par testament, soit par acte entre vifs. En droit français, cette conséquence est considérée comme ne résultant pas de plein droit de la disposition elle-même ; mais il est permis au disposant d'interdire au premier gratifié de disposer à son tour des biens *par son testament* (Cass., 11 août 1864, D. 64. 1, 468, S. 64. 1. 436 ; Cass., 10 févr. 1897, D. 97. 1. 519). Il a même été jugé que le disposant pouvait interdire au grevé d'aliéner de son vivant *par acte à titre gratuit*

[1] Ce genre de disposition pourrait rendre des services aux époux qui n'ont pas d'enfants : chacun d'eux pourrait disposer au profit de l'autre sans dépouiller sa famille et en donnant à son conjoint plus de liberté que n'en a un usufruitier. Il paraît qu'on en fait grand usage en Belgique.

(Cass., 11 févr. 1863, D. 63. 1. 232, S. 63. 1. 204). Une pareille clause n'est pas prohibée, parce que les biens qui en sont frappés ne sont pas retirés entièrement du commerce. Il en serait autrement, et la nullité serait encourue, si le testateur avait prohibé les actes de disposition à titre onéreux, ou ne les avait autorisés « qu'en cas de nécessité dûment justifiée » (Cass., 24 avril 1860, S. 60. 1. 514).

Le fidéicommis de residuo ne s'exécute pas *à titre de substitution permise*, mais seulement comme un second legs fait directement par le testateur aux substitués. De là cette double conséquence : 1° il faut que les appelés soient déjà nés ou conçus au décès du disposant, conformément à ce qui a été dit ci-dessus, n° 3291 ; 2° il faut que le testateur ait donné une *vocation héréditaire directe* à celui qui doit profiter de la restitution ; un simple « vœu » émis par lui pour inviter le légataire à transmettre les biens à la personne désignée, ne suffirait pas pour constituer ce genre de fidéicommis (Cass., 8 mai 1899, D. 1900. 1. 68, S. 1901. 1. 391).

***3294. Emploi de dispositions en usufruit.** — Au temps où la loi du 14 novembre 1792 était en vigueur, on s'était demandé si la disposition par laquelle l'usufruit est légué à l'un et la nue propriété à l'autre constituait une substitution, parce que les droits du grevé pendant sa vie se réduisent à peu près à ceux d'un usufruitier quand s'ouvre le droit des appelés. Néanmoins, il est certain que ce n'est pas une substitution, parce que le droit des deux légataires est alors différent, le premier ne transmet rien au second et s'il est incapable d'aliéner, c'est parce qu'il n'est pas propriétaire. Il n'y a donc là que l'emploi d'une combinaison très simple et très normale, la division de la propriété pleine en deux droits distincts. Aussi les auteurs du Code en autorisent-ils expressément l'emploi, afin de trancher le doute qui s'était produit (art. 899).

Mais cette disposition a permis encore à nos tribunaux de montrer toute la bienveillance avec laquelle ils appliquent la loi. Quand le disposant ne s'est pas expliqué en termes techniques sur la nature des droits qu'il confère à ses légataires, on interprète son testament comme s'il ne contenait qu'un legs d'usufruit au profit du premier gratifié, et on explique par là que celui-ci soit privé du droit de disposer. Les arrêts en ce sens sont nombreux (Cass., 20 janv. 1840, D. 40. 1. 327, S. 40. 1. 363 ; Cass., 25 janv. 1865, D. 65. 1. 74, S. 65. 1. 73 ; Riom, 21 nov. 1887, D. 90. 2. 38). Les Cours d'appel vont quelquefois si loin que leurs décisions sont cassées. Voyez par exemple un arrêt de Dijon, du 19 mars 1886, et Cass., 7 janv. 1889, D. 89. 1. 11, S. 91. 1. 461.

***3295. Emploi du legs conditionnel.** — D'assez bonne heure, la pratique, a cherché à remplacer la substitution, qu'il lui était interdit d'em-

ployer, par une double disposition conditionnelle : en léguant à Primus sous condition résolutoire, par exemple pour le cas où il décéderait sans enfants, et à Secundus sous condition suspensive, pour le cas où l'événement prévu se réaliserait, on se rapproche singulièrement de la disposition prohibée par l'art. 896. Pendant longtemps la jurisprudence a annulé ces sortes de legs conditionnels comme contenant une substitution (Cass., 8 févr. 1854, D. 54. 1. 59, S. 54. 1. 694; Cass., 7 mai 1862, D. 62. 1. 289, S. 62. 1. 433); aujourd'hui elle en reconnaît la validité.

Elle commença par l'admettre pour le cas où il s'agissait d'un simple legs particulier subordonné au prédécès du premier légataire, gratifié à titre universel (Paris, 7 déc. 1835, S. 36. 2. 86 ; Cass., 30 déc. 1835, S. 36. 1. 108). Puis cette jurisprudence s'étendit même au cas où la seconde disposition portait sur la totalité des biens faisant l'objet de la première (Cass., 30 avril 1855, D. 55. 1. 207, S. 56. 1. 607 [1]. — Comp. Cass., 4 déc. 1843, D. 45. 4. 188, S. 44. 1. 268). Elle s'est maintenue depuis lors (Cass., 18 déc. 1900, D. 1901. 1. 121, et les renvois; Cass., 20 juin 1904, S. 1906. 1. 81, et la note de M. Albert Tissier ; Cass., 6 mars 1905, D. 1905. 1. 450 ; Cass., 24 juin 1908, D. 1908, 1. 477)[2].

Du moment où les testateurs ont à leur disposition un moyen aussi simple de faire *deux libéralités successives et valables*[3], qui ne diffèrent de la substitution que par la façon d'être présentées et la qualification qu'on leur donne, pourquoi *les tribunaux ne feraient-ils pas eux-mêmes cette analyse* dans le cas où le testateur a omis de le faire, parce qu'il ignorait les subtilités de la loi? En 1870, la Cour de Paris se crut autorisée à interpréter de la sorte une disposition qui avait toute l'apparence d'une substitution prohibée, et le pourvoi fut rejeté (Paris, 19 juill. 1870, D. 70. 2. 215, S. 71. 2. 69; Cass., 19 mars 1873, D. 73. 1. 55, S. 74. 1. 5, avec une note de M. Labbé). Bien plus, peu de temps après, la Cour de cassation décida que cette interprétation favorable à la validité des testaments était *obligatoire pour les tribunaux* et elle cassa un arrêt de Lyon de 3 mars 1871, qui avait annulé une disposition toute pareille à celle dont la Cour de Paris avait reconnu la validité (Cass., 18 juin 1873, D. 73. 1. 283, S. 74. 1. 5)[4].

[1] En prévision du cas où le premier légataire institué mourrait sans enfants, le testateur avait dit : « Je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit,... et dans ce même cas je lègue la propriété sous condition suspensive à mes neveux. » L'arrêt décide qu'il y a là deux donations conditionnelles distinctes, l'une d'usufruit, l'autre de nue propriété, valables en vertu de l'art. 1040. Cet arrêt est en contradiction manifeste avec les arrêts antérieurs de 1854 et de 1862 cités au texte.

[2] M. Léon Michel a essayé de démontrer que le double legs conditionnel était valable quand les deux légataires étaient appelés sous deux conditions suspensives inverses l'une de l'autre, et qu'il constituait au contraire une substitution prohibée lorsque le premier gratifié recevait la propriété sous condition résolutoire (D. 99. 1. 209). Du moment où on lui lègue l'usufruit, cela devient une question de mots : si un fait déterminé, pris comme condition résolutoire, doit rendre l'acte nul, il n'y a qu'à exprimer le fait inverse, pris comme condition suspensive, pour rendre la combinaison valable.

[3] M. Lambert observe très exactement que cette interprétation du testament le décompose en trois libéralités distinctes : 1° un *legs d'usufruit ferme*, fait au premier gratifié ; 2° un *legs de nue propriété conditionnel*, fait également à son profit ; 3° un *autre legs de nue propriété*, fait *sous une condition inverse* au second gratifié (*op. cit.*, n° 802).

[4] Est-il bien exact d'affirmer, comme on l'a dit, qu'au lendemain de ces deux arrêts il ne restait plus rien de la prohibition écrite dans l'art. 896? Je ne le crois pas : la

D'autres équivalents pratiques ont quelquefois été inventés. Voyez par exemple Douai, 18 mai 1905, D. 1906. 2. 161, et la note.

***3296. Retour de jurisprudence et incertitudes nouvelles.** — La Cour de cassation n'a pas maintenu la seconde de ses deux décisions de 1873, et elle ne pouvait pas la maintenir. Dès l'année suivante elle décidait que les juges du fait ont le pouvoir de rechercher souverainement si le testateur a voulu faire une substitution prohibée ou un double legs conditionnel, et sa jurisprudence ne s'est jamais démentie depuis (Cass., 27 avril 1874, D. 75. 1. 13, S. 74. 1. 315; Cass., 15 mai 1877, S. 77. 1. 264; Cass., 18 janv. 1893, D. 93. 1. 575, P. 93. 1. 213, S. 94. 1. 502; Cass., 27 juin 1894, D. 95. 1. 204, S. 98. 1. 501)[1].

Cependant l'idée qu'il y a lieu d'interpréter les testaments *potius ut valeant quam ut pereant* reparaît de temps en temps dans les arrêts (Cass., 26 avril 1875, D. 75. 1. 485; Cass., 16 juill. 1885, D. 86. 2. 289, S. 86. 1. 103; Limoges, 23 juin 1886, D. 87. 2. 78, S. 89. 1. 454; Cass., 6 févr. 1889, D. 89. 1. 62, S. 89. 454; Cass., 20 déc. 1892, D. 93. 1. 117, S. 94. 1. 501; Besançon, 18 nov. 1896, S. 97. 2. 32; Cass., 7 mai 1900, D. 1900. 1. 379, P. 1901. 1. 267; Cass., 22 avril 1907, D. 1907. 1. 291).

En somme le désarroi le plus complet règne dans la pratique. Ainsi que le dit M. Lambert, « il est impossible au testateur de prévoir, au moment où il dispose, si sa volonté recevra ou non effet. Les tribunaux trompent à chaque instant ses espérances, en annulant, en qualité de substitutions, des dispositions qu'il avait formulées sur la foi de décisions judiciaires qui, la veille, les avaient validées en qualité de legs conditionnels. Les auteurs se sont vainement ingéniés à trouver un criterium quelconque entre les libéralités que la jurisprudence permet et celles qu'elle défend. Peine perdue. Il n'en existe aucun. Il y a des décisions libérales; il y a des décisions restrictives; voilà tout » (*De l'exhérédation*, n° 818)[2].

substitution a pour effet de rendre les biens *inaliénables* entre les mains du grevé, pendant le temps où il en est réputé propriétaire. Or, dans le système des legs conditionnels, la rétroactivité de la condition fait que, quelque soit celui des deux légataires qui sera réputé définitivement propriétaire, une fois que la condition sera réalisée ou défaillie, les biens seront considérés comme ayant été parfaitement *libres* entre ses mains, et qu'il aura pu valablement les aliéner au détriment de ses héritiers naturels : il y a ainsi *incertitude* sur la propriété, mais non pas *inaliénabilité*. De plus par la façon même dont on se trouve obligé, en fait, de rédiger la condition d'où va dépendre l'attribution définitive des biens, on ne peut pas *assurer leur transmission dans la ligne directe descendante*, ce qui est la principale fonction sociale des substitutions, puisqu'on est amené à prévoir forcément le prédécès de Primus *sans enfants* pour attribuer en ce cas les biens à Secundus. On n'a aucun moyen de désigner les enfants de Primus comme appelés, car il faudrait prévoir la naissance d'*enfants futurs*, non encore conçus au jour de la donation entre vifs ou au jour du décès du testateur, ce qui est interdit par l'art. 906. Comp. ci-dessous, n° 3297.

[1] La Cour se réserve seulement son droit de contrôle pour le cas où les juges du fait, après avoir constaté tous les éléments d'une substitution prohibée, refuseraient de lui en appliquer le nom et la sanction (Cass., 10 févr. 1891, D. 91. 1. 254, S. 91. 1. 105; Cass., 2 févr. 1892, D. 92. 1. 506).

[2] Ont annulé des dispositions par application de l'art. 896 : Bordeaux, 13 août 1873, D. 74. 2. 129, S. 74. 2. 55; Chambéry, 2 janv. 1874, S. 74. 2. 55; Caen, 15 déc. 1879, D. 82. 1. 30, S. sous Cass., 84. 1. 62; Aix, 27 juin 1881, D. 82. 2. 5, S. 84. 2. 173; Cass., 28 déc. 1881, D. 82. 1. 146, S. 82. 1. 155; Cass., 27 mars 1889, D. 90. 1. 254, S. 92. 1. 455; Pau, 10 août 1891, D. 92. 2. 559; Besançon, 29 juin 1892, D. 93. 2. 285; Cass., 17 avril 1894, D. 94. 1. 323; Alger, 2 févr. 1900, D. 1901. 2. 446, S. 1901. 2. 33; Cass., 2 mai 1900, S. 1901. 1. 217; Paris, 5 nov. 1900, S. 1903. 2. 273; Cass., 24 déc. 1901, S. 1902. 1. 506; Cass., 16 fév. 1903, D. 1904. 1. 188, S. 1903. 1. 401; Paris, 27 janv. 1904, *Gaz. des Trib.*, 2 juillet 1904; Cass., 2 déc. 1903, S. 1907. 1. 500; Cass., 5 déc. 1910, D. 1911. 1. 24, P. et S. 1911. 1. 395; Cass., 16 juin 1911, D. 1913. 1. 382.

Ont écarté cet article pour valider le testament : Grenoble, 5 mars 1874, S. 74. 2. 175; Caen, 23 févr. 1875, S. 75. 2. 102; Lyon, 30 juin 1876, S. 76. 2. 324; Montpellier, 26 mai 1879, S. 80. 2. 115, S. 80. 2. 167; Poitiers, 11 juin 1889, D. 92. 1. 145, S. 91. 1. 337; Besançon, 18 nov. 1896, D. 97. 2. 395, S. 97. 2. 32; Limoges, 7 févr. 1900, S. 1903.

3297. Valeur actuelle de la prohibition. — La lettre de la loi, dans l'art. 896, en prohibant absolument toute substitution, va plus loin que la pensée de ses auteurs. Il est infiniment probable que, pour eux, le seul motif de cette prohibition était que la substitution véritable donnait nécessairement vocation à des enfants *non encore conçus au jour du décès du testateur*. Voyez les opinions émises par le Premier Consul, par Treilhard, par Portalis, par Berlier, par Cambacérès, par tous les orateurs, dans les discussions et dans les Exposés de motifs, sur la raison qui leur fait trouver les substitutions dangereuses : c'est toujours l'attribution de la propriété à des personnes futures ; à les entendre, appel des enfants non conçus et substitution, c'était une seule et même chose (Fenet, t. XII, p. 264-267, 271-276, 284-288, 516, 642). « Si le législateur de 1803 a frappé toutes les substitutions, sans distinction, il ne tenait en réalité à atteindre que celles qui, adressées à des personnes futures, ont le double inconvénient de prolonger leurs effets sur plusieurs générations et d'entraîner une incertitude sur l'existence même de la personne du propriétaire » (Lambert, *De l'exhérédation*, n° 814). Ainsi interprété, l'art. 896 ne serait que la conséquence et la sanction de l'art. 906. Sous la seule condition de ne faire profiter de la seconde libéralité que des personnes déjà conçues, le testateur serait libre de réaliser tous les éléments constitutifs de la substitution prohibée, et c'est à peu près à ce résultat qu'on arrive avec le système du double legs conditionnel.

En empruntant cette idée aux notes de M. Labbé dans le *Sirey*, M. Lambert pense que ce serait là une solution avantageuse pour régler toutes les difficultés. Cependant il faut reconnaître que la dévolution des biens du testateur, en vertu de sa volonté personnelle, à des enfants qui n'étaient pas encore conçus au jour de son décès, n'est pas la seule raison qui justifie la prohibition légale des substitutions : l'inaliénabilité qu'elles entraînent, afin d'assurer la transmission des biens aux appelés, est encore un motif économique plus important que l'inexistence actuelle des personnes qui bénéficieront plus tard de la substitution. Par suite, il faut admettre qu'il est 1° impossible de faire des libéralités à des générations futures ; 2° impossible aussi de rendre inaliénables les biens qu'on laisse à la génération présente ; du moment où on s'abstient de rechercher ce double résultat, on peut atteindre son but en faisant un double legs conditionnel ; on échappe à la prohibition des substitutions, mais c'est *parce qu'on n'en a point fait* ; on s'est contenté de se rapprocher aussi près que possible de ce que la loi défend, sans le faire réellement.

3198. Des substitutions compendieuses. — Ce terme nous vient de l'ancien droit. On appelait ainsi les substitutions énoncées en termes obscurs et abrégés [1], de telle sorte qu'elles peuvent être comprises aussi bien comme *substitutions vulgaires* ou comme *substitutions fidéicommissaires*. Par exemple le disposant lègue à Primus et, pour le cas où une certaine condition viendrait à se réaliser, lègue les mêmes biens à Secundus : on ne sait pas s'il a entendu que le fait surviendrait avant son décès ou seulement avant le décès de son premier légataire. Autrefois on y voyait volontiers une substitution fidéicommissaire, puisque cela était permis. Aujourd'hui que ce genre de substitutions est prohibé, il faudrait y voir plutôt une substitution vulgaire, pour donner effet au testament (Montpellier, 26 mai 1879, D. 80. 2. 115, S. 80. 2. 167).

2. 273 ; Trib. civ. Marseille, 12 juin 1901, *Jurispr. civ. de Marseille*, 1902, 166 ; Cass., 18 déc. 1901, S. 1905. 1. 347 ; Cass., 27 juin 1905, S. 1906. 1. 85 ; Cass., 22 avril 1907, P. et S. 1909. 1. 434 ; Paris, 21 janv. 1909, P. et S. 1909. 2. 270 ; Toulouse, 27 mai 1911, P. et S. 1911. 2. 239. — Voy. aussi Cass., 5 janv. 1887, D. 87. 1. 186, S. 87. 1. 481, et les arrêts récents cités au n° 3295, ci-dessus.

[1] Malgré sa longueur, le mot *compendieusement* veut dire « en abrégeant ». *Compendium* signifie *économie* et par suite *abréviation*. On s'y trompait déjà au XVIIe siècle, et Racine a fait exprès de l'employer à faux dans *Les Plaideurs* (III, 3) en le mettant dans la bouche d'un avocat diffus et qui annonce lui-même qu'il ne va rien omettre.

Des substitutions permises.

(Art. 1048 à 1074.)

A. — Cas où la loi autorise les substitutions.

***3299. Cas unique.** — On a prévu le cas où une personne prodigue, incapable de conserver des capitaux sans les gaspiller ou sans les risquer dans de folles entreprises, aurait, d'un côté, un parent en état de lui laisser une certaine fortune ; de l'autre, des enfants en danger d'être privés par sa prodigalité de la succession qui devrait leur revenir. On a donc permis au parent de cette personne de la grever de substitution au profit de ses propres enfants, afin d'assurer à ceux-ci la transmission d'une partie au moins de la fortune de leur famille, en rendant inaliénables pendant une génération les biens qui la composent. Il y a là une exception directe à la prohibition portée par l'art. 896.

Par la nature des motifs qui l'ont inspirée, on voit que cette exception n'a rien de commun avec celles qui avaient été admises, pour des considérations politiques, 1° en 1806 pour les *majorats* (ci-dessus, n° 3274) ; 2° en 1826, pour la constitution facultative d'une sorte de *droit d'aînesse* (ci-dessus, n° 3275).

***3300. Portée restreinte de l'exception.** — De plus, les substitutions permises par les art. 1048 et suiv. n'ont pas la même importance que les anciens fidéicommis, parce qu'elles sont nécessairement *simples* ou *non graduelles* : c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir qu'une seule génération de grevée, et une seule génération d'appelée ; il n'y a donc jamais lieu à deux fidéicommis successifs.

***3301. Qui peut faire la substitution.** — Ce droit n'appartient qu'à *deux catégories de personnes* : 1° les *père et mère* du grevé (art. 1048) 2° ses *frères* et *sœurs*, quand ils n'ont pas d'enfants (art. 1049).

Ces textes sont d'*interprétation stricte*. Ainsi ni l'aïeul, ni l'oncle, ne seraient autorisés à employer ce même moyen, sans qu'on voie bien la raison qui les a fait exclure par la loi. Faite à la charge d'un petit-fils, la substitution est nulle (Cass., 29 juin 1853, D. 53. 1. 283, S. 53. 1. 520 ; Trib. Libourne, 22 janv. 1902, P. 1903. 2. 59).

D'autre part, pour les frères et sœurs, il existe une condition particulière : il faut qu'ils n'aient pas d'enfants ; s'ils en ont, ils doivent songer à eux tout d'abord, avant de se préoccuper d'assurer le sort de leurs neveux. De la part des frères et sœurs, la disposition est valable, bien qu'ils aient des enfants au moment où ils la font, si ces enfants prédécèdent : elle est nulle au contraire s'il leur survient des enfants, alors qu'ils n'en avaient

aucun au jour où ils ont disposé. En effet la loi dit : « Sera valable *en cas de mort sans enfants* » (art. 1049). La substitution est autorisée pour assurer la transmission des biens à ceux à qui ils sont normalement destinés.

*3302. **Personnes pouvant être appelées à la substitution.** — C'est seulement en faveur des *enfants* du grevé que la substitution est permise, de ses enfants *nés ou à naître*, mais *au premier degré seulement* (art. 1048-1049).

Toutefois, la loi admet la représentation : quand l'un des enfants du premier degré est prédécédé, ses propres enfants ne sont pas exclus par les survivants ; ils recueillent la part vacante à la place de leur père ou de leur mère (art. 1051).

D'ailleurs les enfants du premier degré doivent être *tous appelés*, sans exception, à recueillir les biens substitués (art. 1050). La loi ne veut pas même qu'on établisse aucune différence entre eux, ni d'après l'âge, ni d'après le sexe (*ibid.*).

*3303. **Biens pouvant être compris dans la substitution.** — On peut y faire entrer des biens de toute nature, mais seulement *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*. Au delà, la substitution serait réductible à cette quotité (Paris, 4 mai 1899, D. 1900. 2. 403).

C'est là une restriction remarquable, qui en bien des cas supprime complètement pour les père et mère l'utilité de la liberté qu'on leur laisse. Qu'on suppose, en effet, qu'ils aient plusieurs enfants, cinq par exemple, dont un seul leur donne par sa conduite l'idée de recourir à la substitution : s'ils veulent assurer quelque chose aux petits-enfants nés de celui-là, il faut qu'ils dépouillent leurs autres enfants, autrement leur prudence sera vaine : empêchés de les substituer pour la part de réserve de leur père, ils ne pourront leur attribuer à l'état inaliénable que la *cinquième partie de la quotité disponible*, c'est-à-dire le vingtième de leur succession, s'ils ne veulent pas modifier l'égalité entre leurs propres enfants. Et si les petits enfants appelés à bénéficier de la substitution sont seulement au nombre de quatre, cela fera à chacun *un quatre-vingtième* de la succession de leurs grands-parents. Si ceux-ci possèdent 200 000 francs, cela fera pour chaque petit-enfant 2 500 francs, ce qui est dérisoire. — Les art. 1048 et suiv. n'ont donc d'utilité que pour les fils uniques, ou pour les familles très peu nombreuses. Il aurait fallu accorder la possibilité de grever de substitution même la part de réserve de l'enfant prodigue.

Clause particulière. — Quelquefois le disposant, redoutant les habitudes de dissipation du grevé, lui interdit de disposer *même de sa réserve* et le déclare déchu de son droit sur les biens substitués pour le cas où il contreviendrait à cette prohibition (Poitiers, 22 mai 1883, D. 84. 2. 40). Peut-être cette clause pourrait-elle être annulée, comme portant atteinte aux droits légitimes du grevé.

3304. Combinaison particulière. — L'art. 1052 a prévu une situation qui doit être bien rare en fait. Un enfant a reçu une première donation sans condition ni réserve. Puis ses parents, s'avisant du danger, lui en font une seconde à la condition que les biens précédemment donnés seront eux-mêmes grevés de substitution. S'il accepte cette seconde libéralité, il ne lui est plus permis de diviser les deux dispositions pour s'en tenir à la première, même en offrant de rendre les biens postérieurement reçus.

3305. Utilité pratique des substitutions permises. — Dans beaucoup de cas on n'aura pas besoin de recourir à l'appareil compliqué d'une substitution. Si la personne dont on redoute la prodigalité est veuve, ou si elle est déjà d'un âge avancé, on pourra se contenter de lui donner un droit d'usufruit et de léguer à ses enfants la nue

propriété. Le résultat sera à près le même qu'avec l'emploi d'une substitution, et la sécurité des enfants sera tout aussi grande. Mais ce procédé ne peut plus être employé si on peut croire qu'il lui surviendra de nouveaux enfants : la substitution seule permet de maintenir l'égalité entre eux tous, en profitant aux *enfants à naître* aussi bien qu'à ceux qui sont déjà nés ou conçus.

B. — Mesures prises dans l'intérêt des appelés.

3306. Énumération. — Ces mesures sont nombreuses et compliquées. Elles concernent : 1° la nomination d'un tuteur ; 2° la rédaction d'un inventaire ; 2° la vente du mobilier et l'emploi des fonds ; 4° la publicité à donner à la substitution.

1° Du tuteur à la substitution.

3307. Sa mission. — Ce tuteur est chargé, sous sa responsabilité personnelle, de veiller à l'observation de toutes les règles établies par la loi (art. 1073). Ce n'est pas un tuteur véritable, c'est plutôt un *curateur*, et jadis on lui donnait ce nom. Il est seulement chargé de surveiller l'exécution de la substitution et l'accomplissement des formalités auxquelles elle donne lieu. Il n'est donc pas grevé de l'hypothèque légale, et il n'y a pas lieu de lui adjoindre un subrogé tuteur.

Sa nomination est nécessaire alors même que les appelés seraient déjà majeurs ou pourvus d'un tuteur ordinaire.

3308. Mode de nomination et sanction. — La désignation du tuteur peut être faite par le disposant lui-même (art. 1055). A défaut de cette désignation, le grevé (ou son tuteur) est tenu de le faire nommer dans le délai d'un mois, à compter du décès du testateur ou de la découverte du testament (art. 1056). La nomination est faite selon les règles ordinaires par le conseil de famille des appelés.

Si cette formalité a été omise, le grevé peut être déclaré déchu (art. 1057)[1]. La déchéance n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être prononcée par le tribunal. Il y a controverse sur le point de savoir si elle est obligatoire pour les juges, ou si elle peut être évitée. L'art. 1057 emploie une expression (*pourra* être déclaré) qui semble réserver leur pouvoir d'appréciation ; cependant l'opinion contraire a prévalu et la déchéance doit être prononcée lorsqu'elle est demandée par une personne ayant qualité (Orléans, 9 avril 1867, D. 67. 2. 57), même si le grevé est encore mineur, à moins qu'on ne justifie d'une circonstance de force majeure qui aurait empêché de réunir le conseil de famille.

2° De l'inventaire.

3309. Son utilité et ses formes. — L'inventaire n'est utile qu'autant que la substitution porte sur une disposition universelle ou à titre universel. Voyez l'art. 1058. Il est fait à la requête du grevé et en présence du tuteur ; les frais sont prélevés sur les biens compris dans la substitution (art. 1059). Voyez aussi les art. 1060 et 1061, qui ne soulèvent aucune difficulté.

3° Vente du mobilier et emploi des fonds.

3310. Vente des meubles. — Comme les meubles diminuent en général de valeur par le laps du temps, la loi veut que le grevé de substitution vende ceux qui sont compris dans la substitution (art. 1062). Elle fait toutefois exception : 1° pour ceux qu'il est autorisé à conserver, à la condition de les rendre en nature (art. 1063), et 2° pour ceux qui sont immeubles par destination (art. 1064)[2].

[1] Cette déchéance n'a pas lieu quand on omet de remplacer le tuteur primitivement nommé dans le délai légal (Cass., 22 déc. 1875, D. 76. 1. 208).

[2] L'art. 1064 attribue à ces objets un caractère mobilier. C'est une légère inexactitude, mais qui s'explique par ce fait que la partie du Code relative aux substitutions a

Malgré la généralité des termes dont s'est servie la loi, ses dispositions ne sont applicables qu'aux *meubles corporels*. Ce sont les seuls pour lesquels le motif existe ; les valeurs mobilières ne dépérissent pas par l'usage, et si on les vendait, il faudrait en racheter d'autres pour placer l'argent. Il vaut mieux les garder.

3311. Comparaison avec l'usufruit. — Finalement, le droit du grevé ressemble à celui d'un usufruitier, toutes les fois que le droit des appelés s'ouvre ; il aura eu la jouissance des biens substitués, sa vie durant, sans avoir pu en disposer. Cependant ce n'est pas un usufruitier [1]. Notamment on ne l'oblige pas à fournir caution.

Quelques autres différences, que l'on signale d'ordinaire, sont fort contestables. Ainsi l'on dit que le grevé, qui est tenu de *conserver* pour rendre, est obligé de faire les grosses réparations, dont l'usufruitier est dispensé par l'art. 605. C'est se méprendre sur le sens des mots « charge de conserver » ; ils ne signifient pas que le grevé est obligé de prendre soin des biens substitués, qu'il en est le gérant pour le compte d'autrui, mais simplement qu'il n'a pas le pouvoir d'en disposer : il est obligé de les conserver en ce sens qu'il ne peut pas les aliéner.

3312. Emploi des fonds. — Tous les deniers liquides compris dans la substitution doivent être placés, soit qu'on les ait trouvés dans la succession, soit qu'ils proviennent de ventes ou de remboursements faits par des débiteurs.

L'emploi se fait en principe conformément aux indications du disposant. S'il n'a rien dit, on suit les règles formulées par les art. 1065 à 1067. Le grevé a un délai de trois ou de six mois pour faire le placement, selon l'origine des deniers. L'art. 1067 veut que le placement soit fait *en immeubles* ou *avec privilège sur des immeubles*. Ce langage est singulier, car on ne crée pas à volonté des privilèges sur les immeubles ; il faut trouver à acquérir, par achat ou par subrogation, une créance privilégiée déjà existante, ce qui est rare et peu facile Mais l'opinion générale admet qu'un *placement sur première hypothèque* donne satisfaction à la loi, qui veut simplement assurer la priorité de la créance (Dalloz, *Suppl.*, v° Substitution, n° 294). Comp. Dijon, 16 août 1861, D. 61. 2. 239, S. 61. 2. 543.

De plus, *les rentes françaises* peuvent servir à placer les fonds, sauf clause contraire dans la donation ou le testament (L. 16 septembre 1871, art. 29 ; L. 11 juin 1878, art. 3 ; L. 27 avril 1888, art. 3).

4° Publicité.

3313. Formes. — Toute substitution, tant par testament que par donation, est soumise à une certaine publicité, soit *par voie de transcription*, quant aux immeubles, soit au moyen d'une *mention dans l'inscription*, quand il y a des placements immobiliers sur privilège ou sur hypothèque (art. 1069).

3314. Motif et sanction. — Cette publicité est organisée dans l'intérêt des tiers qui traiteront avec le grevé. Par l'effet de la substitution les pouvoirs de celui-ci sont considérablement restreints : tenu de conserver et de rendre, il ne peut disposer librement des biens substitués ; il n'a pas le droit de les aliéner.

Si cette publicité a été remplie, les tiers sont avertis par des moyens efficaces ; ils doivent donc s'abstenir de traiter avec le grevé, et, s'ils s'y décident, ils le font à leurs risques et périls.

Si la publicité a été négligée, *la substitution ne peut pas être opposée aux tiers* :

été votée avant le titre relatif à la distinction des biens, et que la catégorie des immeubles par destination n'avait pas avant le Code civil le caractère net et tranché qu'elle a actuellement.

[1] C'est cependant de la même façon que le mari, jadis propriétaire de la dot en droit romain, en est devenu simple usufruitier : il a perdu le pouvoir d'aliéner, le *jus abutendi* ; il ne lui est resté que le *jus utendi* et le *jus fruendi*, c'est-à-dire l'usufruit ; le grevé est dans le même cas Si on le répute propriétaire, c'est un peu par souvenir des principes, et aussi peut-être parce qu'il a au moins une chance d'être traité comme un propriétaire ordinaire, si la substitution devient caduque.

ils sont à l'abri, comme s'ils avaient traité avec un propriétaire ordinaire, maître de ses droits (art. 1070). L'art. 1071 ajoute qu'il en serait ainsi quand même ils auraient eu connaissance de la substitution par une autre voie.

3315. Personnes admises à opposer le défaut de publicité. — Les ayants cause du grevé ont seuls intérêt à connaître l'existence de la substitution, d'où dérive l'inaliénabilité des biens qui leur ont été transmis ou sur lesquels ils ont acquis des droits[1].

Aux termes de l'art. 1070, le défaut de publicité peut être opposé par les *créanciers* et par les *tiers acquéreurs* du grevé. Tous les créanciers, chirographaires aussi bien qu'hypothécaires, sont également autorisés à s'en prévaloir ; quant aux tiers acquéreurs, dans l'opinion commune, on entend cette expression uniquement des *sous-acquéreurs à titre onéreux*. Un donataire du grevé ne serait donc pas admis à opposer ce défaut de publicité aux appelés. Il n'y a cependant aucune bonne raison pour justifier une pareille différence, fondée uniquement sur le sens ordinaire du mot.

L'état d'interdiction ou de minorité des appelés ne les empêcherait pas de subir les conséquences du défaut de publicité (art. 1070), sauf leur recours contre le grevé et contre le tuteur à la substitution, chargés de la rendre publique et qui ont omis de le faire (art. 1073-1074).

3316. Controverse sur l'art. 1072. — L'art. 1072 est ainsi conçu : « Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription ». Sa disposition est la reproduction littérale de l'art. 34 de l'ordonnance de 1747 ; il a donc le même sens et doit s'interpréter de la même manière. Or il était jadis certain que ce texte visait uniquement le défaut d'enregistrement de la *substitution* considérée comme telle, c'est-à-dire comme entraînant l'inaliénabilité des biens entre les mains du grevé, et ne s'occupait nullement de la publicité à donner, *par voie d'insinuation*, à la libéralité qui dépouillait le disposant (Furgole, sur l'art. 34 de l'ordonnance ; Pison, *Revue critique*, 1859 t. XIV, p. 14 et suiv.). De là le système suivant : si la substitution portait sur des biens *donnés entre vifs*, le défaut d'insinuation de la *donation* pouvait être opposé par tous les ayants cause du donateur, conformément à l'ordonnance de 1731 ; mais on leur refusait le droit d'opposer le défaut d'enregistrement de la substitution.

Il existe sur ce point une autre opinion, d'après laquelle l'art. 1072 s'occuperait à la fois de la transcription de la substitution comme telle, et de la transcription de la donation faite au grevé (Demolombe, t. XXII, n°s 536 et suiv. ; Aubry et Rau, t. VII, § 696, notes 57 et 58). Dans bien des cas les deux publicités manqueront en même temps, puisqu'il n'y a plus qu'une seule formalité, la *transcription*, pour rendre publics le transfert de propriété et la condition d'inaliénabilité, tandis qu'autrefois il y avait deux formalités différentes, l'enregistrement et l'insinuation, dont l'une pouvait manquer sans l'autre. Au reste, la question est purement théorique ; jamais la jurisprudence n'a eu à s'en occuper.

C. — Droits du grevé.

3317. Son droit de propriété. — Jusqu'au jour de l'ouverture de la substitution, le grevé est *propriétaire des biens substitués* (Cass., 5 mai 1830, S. 30. 1. 162 ; Paris, 25 juill. 1850, S. 50. 2. 459).

[1] Pour les ayants cause *du disposant*, une autre question de publicité se pose, tout au moins quand la substitution est faite par donation entre vifs : il faut que cette donation soit *transcrite*, conformément au droit commun (art. 939 à 946) ; sinon, leur auteur sera réputé être resté propriétaire des biens donnés, mais à leur égard, il importe peu que les biens transmis au grevé soient, entre ses mains, disponibles ou inaliénables. On aura donc bien soin de distinguer 1° la *publicité de l'aliénation*, qui dépouille le disposant, et 2° la *publicité de la substitution*, qui lie le grevé. La première n'est requise qu'au cas de *donation* ; la seconde est également nécessaire quand la substitution est *faite par testament*.

Il est à considérer comme étant leur vrai maître [1] ; il peut les aliéner et les hypothéquer ; il peut exercer à leur occasion toutes actions, tant réelles que personnelles : il a seul qualité pour recevoir les paiements et donner quittance ; c'est aussi contre lui que courent les prescriptions. Et personne, ni lui ni un autre n'a qualité pour attaquer les actes ainsi faits, tant que la substitution n'est pas ouverte (Paris, 25 juill. 1850, précité).

Il se peut même que son droit se consolide définitivement en sa personne : si les appelés font défaut, tous les actes du grevé sont inattaquables ; mais le grevé ne dispose ainsi que de son droit de propriété, tel qu'il le possède, et ses actes ne sont pas opposables aux appelés, si le droit de ceux-ci vient à s'ouvrir.

3318. Droit de ses créanciers. — Par une conséquence toute naturelle, les biens frappés de substitution peuvent être saisis entre les mains du grevé par ses propre créanciers. Seulement cette saisie ne sera pas opposable aux appelés, si leur droit vient à s'ouvrir (Bordeaux, 3 mai 1877, D. 78. 2. 95, S. 77. 2. 236).

3319. Résolution du droit du grevé. — Quand il se trouve un ou plusieurs appelés, au jour du décès du grevé, acceptants et capables de recueillir la substitution, tous les actes de disposition faits par le grevé pendant sa vie tombent.

On explique ordinairement ce résultat par l'idée d'une *résolution* : on dit que le grevé est propriétaire sous condition résolutoire. C'est le langage courant et il est emprunté à Pothier (*Substitutions*, nos 158 et suiv.).

3320. Critique. — Cette idée est cependant profondément inexacte. Si le droit du grevé était réellement résolu, il faudrait le considérer comme n'ayant jamais été propriétaire des biens subtitués ; la libéralité faite à son profit serait effacée et il ne resterait plus, de la double disposition formant substitution, que celle qui profite aux appelés. On mutilerait ainsi après coup la volonté du disposant.

Et cette transformation est parfaitement inutile pour expliquer les résultats qui se produisent. Il suffit de considérer le grevé comme un propriétaire ordinaire, pouvant se transformer sous une certaine condition (qui est l'ouverture de la substitution), en un *propriétaire de biens inaliénables.* L'inaliénabilité conditionnelle, quand sa condition se réalise, suffit à tout justifier : les actes de disposition sont annulés et on n'a pas besoin de supposer que le droit de propriété est rétroactivement anéanti en la personne du grevé. On répond bien mieux à l'idée de la substitution si on suppose que la propriété a résidé pendant toute sa vie sur sa tête sans qu'il ait pu en abuser au détriment des appelés.

3321. Maintien exceptionnel de certains droits. — Qu'on l'explique par une résolution proprement dite, ou simplement par une idée d'inaliénabilité, le résultat principal est le même : le grevé ne peut pas disposer des biens substitués ni établir sur eux des droits réels opposables aux appelés.

Par exception à cette règle, sont maintenus les actes ou faits suivants :

1° Actes d'administration. — Il faut que les biens substitués soient administrés en attendant l'ouverture du droit des appelés, et ils ne peuvent l'être que par le grevé. Les baux faits par lui sans fraude seront donc maintenus.

2° Jugements et transactions. — Les jugements rendus contre le grevé et les transactions consenties par lui sont opposables aux appelés, lorsqu'il a eu soin d'y faire intervenir le tuteur à la substitution.

3° Actes de disposition. — Il est même possible que le grevé consente, avant l'ouverture de la substitution, des aliénations qui seront plus tard opposables aux appelés.

D'abord, si les appelés sont déjà vivants et capables, ils peuvent ratifier ces ventes et renoncer à les attaquer.

Ensuite le disposant a pu les prévoir et les autoriser à charge de remploi, en spécifiant lui-même la nature et les conditions de ce remploi. S'il n'a rien dit à cet égard, le remploi

[1] A propos de l'affaire Leprestre, signalée au n° 3045, ci-dessus, M. Tissier a montré, dans une note substantielle, combien la clause qui rend obligatoire la capitalisation des revenus modifierait gravement le régime des substitutions permises (P. et S. 1910. 1. 297).

devra se faire en immeubles ou avec privilège sur des immeubles (art. 1067, arg. d'analogie).

Enfin, en l'absence même de toute disposition autorisant l'aliénation des biens substitués, le tribunal pourrait encore en autoriser la vente en cas de nécessité, ou tout au moins d'avantage évident, mais non dans l'intérêt du grevé (Poitiers, 22 mars 1883, D. 84. 2. 40). La vente se fait alors dans la forme des ventes de biens de mineurs et en présence du tuteur à la substitution.

Dans ces trois cas, la chose de la substitution se trouve reportée sur les biens acquis en remploi, par l'effet d'une subrogation réelle. Les acquéreurs sont à l'abri de toute éviction : on a disposé à leur profit du droit du grevé et du droit des appelés tout ensemble.

4° Hypothèque de la femme du grevé. — La loi elle-même a réglé la question dans l'art. 1054. Elle admet que l'hypothèque légale s'établit sur les biens frappés de substitution, au profit de la femme du grevé ; seulement elle entoure cette concession de tant de réserves et de restrictions qu'elle la rend à peu près vaine :

Il faut que le disposant l'ait *expressément ordonné* et il est rare qu'il y songe ;

L'hypothèque ainsi accordée n'est que *subsidiaire* et ne peut être utilisée qu'au cas où les autres biens du grevé seraient insuffisants pour les reprises de la femme ;

Elle garantit seulement le *capital de la dot* (des deniers dotaux, dit la loi) et non les autres créances de la femme.

5° Prescription. — La prescription qui a couru contre le grevé est opposable aux appelés : du moment où aucun texte ne la suspend, je crois qu'elle doit courir (Aubry et Rau, t. VII, § 696, note 98). Ce point est cependant très controversé (Demolombe, t. XXII, nos 554 et suiv.).

Ceux qui admettent la résolution de la propriété du grevé sont obligés de considérer les appelés comme ayant été rétroactivement propriétaires ; la prescription aura donc été suspendue à leur profit *s'ils étaient mineurs* ; elle n'a pu courir contre eux qu'autant qu'ils étaient majeurs.

D. — Droits des appelés.

3322. Ouverture de la substitution. — On appelle « ouverture de la substitution » le fait qui permet aux appelés d'exercer leur droit et d'exiger du grevé ou de ses représentants la restitution des biens substitués. Les *causes d'ouverture* sont :

1° La *mort du grevé*. C'est le cas normal ; les appelés lui succèdent et recueillent les biens devenus vacants par son décès.

2° La *déchéance du grevé*. Elle a lieu lorsqu'il a omis de faire nommer un tuteur à la substitution (art. 1057). Cela suppose qu'il y a eu négligence de sa part et il faut que cette faute soit constatée par le tribunal.

3° L'*abandon anticipé*. Le grevé peut renoncer à son droit de jouissance sur les biens qui lui ont été transmis à charge de restitution ; le fait est du moins prévu dans l'art. 1053, mais il sera rare.

1° Période antérieure à l'ouverture de la substitution.

3323. Nature du droit des appelés. — Au temps de Pothier on considérait les appelés comme étant à peu près dans la situation d'héritiers présomptifs qui ne pourraient pas être dépouillés de la succession à eux promise ; ils ont une sécurité encore plus grande que celle des héritiers réservataires, puisqu'ils sont protégés contre les actes de disposition à titre onéreux aussi bien que contre les dispositions gratuites. Néanmoins ils n'ont encore qu'une simple *espérance*, un *droit éventuel*, tout à fait semblable à un *droit de succession*, et au fond ce n'est pas autre chose (Pothier, *Substitutions*, nos 174 et suiv.).

Malheureusement Pothier s'était servi des mots « résolution, se résoudre » pour désigner l'effet produit par l'ouverture de la substitution ; les auteurs modernes y ont attaché un sens précis et formel qui n'était pas dans la pensée de Pothier et ils en ont tiré des conséquences qui transformeraient radicalement la nature des substitutions si elles étaient

définitivement admises comme expression de la vérité. Ils regardent les appelés comme possédant un véritable droit de *propriété conditionnelle*.

3324. Conséquences. — Dans une opinion comme dans l'autre, on doit permettre aux appelés de faire tous les actes conservatoires parce qu'ils tiennent leur droit d'un testament ou d'une donation et qu'ils ont devant eux une personne qui est en position de compromettre leurs intérêts.

Mais la jurisprudence est allée plus loin ; elle a autorisé les appelés, en leur qualité de propriétaires sous condition suspensive, à constituer des hypothèques même avant l'ouverture de leur droit (Amiens, 6 déc. 1892, D. 93. 2 129).

Les appelés, représentés par le tuteur à la substitution, n'ont pas le droit d'intervenir dans le partage, lorsque le grevé est appelé à succéder en concours avec d'autres héritiers (Cass., 20 nov. 1911, D. 1914. 1. 105, P. et S. 1913. 1. 502), mais le grevé, qui n'est lié par la substitution que pour la quotité disponible, a intérêt à dégager sa réserve en biens libres, et pour en déterminer la composition, on admet qu'il peut procéder à une licitation entre lui et le tuteur (Cass., 18 mars 1884, S. 84. 1. 345).

2° Effet de l'ouverture de la substitution.

3325. Effets contre le grevé. — Dès que la substitution est ouverte, le grevé, s'il survit, doit restituer tous les biens compris dans la substitution. Il n'a plus aucun titre pour les retenir.

Il pourrait cependant réclamer le remboursement de ses impenses utiles ou nécessaires.

3326. Effets contre les tiers. — Par l'effet de l'inaliénabilité, ou, si l'on suit l'opinion moderne, de la résolution du droit du grevé, les droits conférés par lui à des tiers doivent disparaître : il n'a pas pu aliéner ni constituer des droits d'aucune sorte. Les appelés reprennent donc les biens substitués, même quand ils se trouvent aux mains des tiers acquéreurs, et ils ne sont obligés de respecter ni hypothèques ni servitudes provenant du grevé.

Il y a toutefois des exceptions :

1° S'il s'agit de *meubles corporels*, la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » pourra protéger les tiers acquéreurs.

2° Si la prescription a eu le temps de s'accomplir au profit d'un tiers, elle sera opposable aux appelés[1].

3° Si les appelés ont accepté purement et simplement la succession du grevé, ils se verront repoussés, comme l'aurait été le grevé lui-même, par l'*exception de garantie* (Amiens, 6 déc. 1892, D. 93. 2. 129). Une disposition contraire, qui se trouvait dans l'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 31), n'a pas été reproduite par le Code civil ; c'était une grave dérogation au droit commun, déjà critiquée dans l'ancien droit (Aubry et Rau, t. VII, § 696, note 97).

3327. Effet restreint des causes anticipées d'ouverture. — Le prédécès du grevé est la seule cause qui produise des *effets absolus*, aussi bien à l'égard des tiers acquéreurs ou des créanciers, qui voient tomber tous leurs droits sur les biens substitués,

[1] Cette proposition est très généralement acceptée (Aubry et Rau, t. VII, § 696, texte et note 67 ; Dalloz, *Suppl.*, v° Substitution, n°s 309 et suiv. et les citations). Elle souffre cependant une réelle difficulté pour le cas où les tiers possesseurs d'immeubles tiennent leurs droits du grevé à la suite d'aliénations consenties par celui-ci. En effet, c'est alors la personne des appelés qu'il faut considérer pour savoir si la prescription est possible, car les tiers acquéreurs n'ont pas besoin de prescrire contre le grevé. Or le droit des appelés est suspendu par une condition, et la jurisprudence, interprétant l'art. 2257, le déclare imprescriptible (t. I, n° 2654). De plus, les appelés sont souvent mineurs, ou même non encore nés, et la prescription ne peut courir contre eux (art. 2252). J'ajoute que, si la prescription devait courir immédiatement contre les appelés, par l'effet des ventes faites par le grevé, le tuteur à la substitution serait fondé à s'y opposer, car elles seraient de nature à compromettre la restitution éventuelle des biens substitués ; tout au moins il pourrait exiger périodiquement des acquéreurs une reconnaissance interruptive de prescription.

qu'à l'égard des appelés, car on est sûr qu'il n'y en aura pas d'autres que ceux qui existent actuellement, puisque les appelés ne peuvent être que les enfants du grevé et que le grevé est mort.

Quant aux autres causes, il faut distinguer leurs effets pour les appelés et leurs effets pour les tiers.

1° *A l'égard des appelés*, elles ne peuvent produire qu'un *effet provisoire*. Ceux qui vivent au moment où la substitution s'ouvre *du vivant du grevé*, se partagent les biens substitués, sauf à procéder à un nouveau partage au jour de sa mort, car il se peut que le grevé ait d'autres enfants ou que quelques-uns de ceux qu'il avait prédécèdent. L'art. 1050 veut que tous ses enfants nés ou à naître en profitent également

2° *A l'égard des tiers*, les causes anticipées d'ouverture ne produisent pas d'effet. Elles n'en pourraient produire qu'un, qui serait la résolution ou la caducité de tous les droits qui leur ont été conférés. Or la seule cause qui menace ces droits est le *prédécès du grevé*, laissant des appelés capables de lui succéder. Tant que cette circonstance n'est pas réalisée, il n'y a pas de raison pour faire tomber les droits des tiers, à la suite d'une *renonciation volontaire* du grevé ou d'une *déchéance* prononcée contre lui *à titre de peine*. Ni l'un ni l'autre de ces faits ne doit leur nuire.

L'art. 1053 le dit formellement pour les *créanciers* du grevé : l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne peut pas leur préjudicier. Cette disposition n'est que le maintien en abrégé des art. 42 et 43 de l'ordonnance de 1747 (en note dans les *Codes Tripier*, sous l'art. 1053), qui réservaient non seulement aux créanciers, mais à tous les tiers, à quelque titre qu'ils eussent acquis, l'exercice de tous leurs droits sur les biens substitués jusqu'à l'époque de l'ouverture réelle de la substitution par le décès du grevé, nonobstant tout abandon anticipé consenti par lui. On exigeait seulement que leur titre eût *date certaine* avant cet abandon, et cette condition devrait encore être exigée d'eux.

E. — Caducité des substitutions.

3328. Caducité du chef des appelés. — Une substitution fidéicommissaire peut devenir caduque du chef des appelés : 1° par leur *prédécès* ; 2° par leur *incapacité* ; 3° par leur *répudiation*, pourvu toutefois qu'ils se trouvent tous empêchés de la recueillir par l'une ou l'autre de ces causes. Pour que la substitution soit caduque, il faut qu'il n'existe personne qui puisse et veuille en profiter au décès du grevé.

3329. Caducité du chef du grevé. — Peut-il y avoir également caducité du chef du grevé ? La question ne se pose que pour les substitutions faites par testament ; car si la disposition est faite par actes entre vifs, il arrivera de deux choses l'une : ou bien le grevé l'aura acceptée et l'acte, devenu définitif, ne pourra plus se trouver caduc en sa personne ; ou bien il l'aura refusée et il n'y aura pas de substitution du tout, puisqu'il n'y aura pas de convention formée. Mais lorsque la substitution est contenue dans un testament, il arrivera parfois que le grevé sera mort avant le testateur, ou qu'il répudiera, ou qu'il sera incapable. La question a été très débattue. Il est unanimement admis aujourd'hui que la disposition faite au profit des appelés subsiste, mais à quel titre ? Est-ce comme legs ordinaire ? Alors elle ne peut profiter qu'aux appelés déjà nés ou conçus au jour du décès du testateur. Est-ce comme fidéicommis ? Alors elle sera recueillie provisoirement par les appelés déjà nés, sauf à être plus tard partagée avec ceux qui seraient vivants au jour où mourra la personne qui aurait dû jouer le rôle de grevé, si cette personne est encore vivante. On rencontre dans la doctrine beaucoup de divergences sur ce point. Tout extraordinaire que cela puisse paraître, la disposition doit valoir *comme substitution* au profit des appelés et on en peut donner un double argument : 1° *l'autorité de l'ancien droit*, représenté par l'art. 27 de l'ordonnance de 1747, tel que le comprenaient Pothier et Furgole ; 2° *la volonté du disposant*, qui a voulu faire profiter de sa libéralité tous les enfants à naître du grevé et qui le pouvait, puisque la loi le lui permettait.

CHAPITRE IV

DES FONDATIONS

3330. Bibliographie. — 1° *Thèses.* — A. Lory, *Du mode d'établissement des fondations*, Paris, 1888. — H. Truchy, *Des fondations*, Paris, 1888. — Berthomieu, *Du legs avec charge et de son application aux œuvres d'intérêt public*, Montpellier, 1890. — P. Ravier du Magny, *Le contrat de fondation*, Lyon, 1894. — Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, Paris, 1895. — L'abbé J.-L. Fénelon, *Les fondations et les établissements ecclésiatiques*, Paris, 1902. — R. Chevallier, *La fondation, son rôle social*, Paris, 1907. — Coquet, *Les fondations privées dans la jurisprudence*, Poitiers, 1908. — Archambault, *Les libéralités grevées de charges et les fondations pieuses sous l'empire de la loi du 13 avril* 1908, Paris, 1909. — Voir aussi Ed. Lambert, *La stipulation pour autrui*, Paris, 1893 ; Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines*, Paris, 1890, et les ouvrages cités t. I, n° 1965.

2° *Ouvrages divers.* — Marguerie, *Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus* (*Revue critique*, 1878, p. 513). — Ch. Beudant, Notes dans le *Dalloz*, 93. 2. 1. et 94. 1. 257. — Labbé, Notes dans le *Sirey*, 92. 4. 17 et 95. 2. 1. — Saleilles, Note dans le *Sirey*, 1894. 2. 185, et *Commentaire* des articles 81 à 88 du Code civil allemand dans l'édition du Comité de législation étrangère. — Et. Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, ou contraires aux mœurs*, Paris, 1887, — Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 144. — Théod. Tissier, *Dons et legs aux établissements publics*, 2e édit., 1896, t. I, nos 72 et suiv. et *passim*. — Dalloz et Vergé, *Codes annotés*, Lois administratives, t. II, tables, vis Fondation, Fondation religieuse, etc. — Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament* (*Revue trimestrielle*, 1904, n° 2). — Georges van den Bossche, *Fondations testamentaires* (*Revue catholique du droit*, Louvain, 1906). — J. Salmon, *La fondation et l'édit d'août 1749*, étude historique, Paris, 1906 (Extrait de la *Revue générale d'administration*). — *Lettres* des professeurs E. Huber et O. Gierke sur la question des Fondations (*Bulletin* de la Société d'Études législatives, janvier 1907, p. 66). Discussion de la question 14, *Bulletin* précité, 1908 et 1909.

* **3331. Définition.** — On appelle « fondation » *l'affectation perpétuelle de biens ou de valeurs à un service déterminé par le disposant.*

Ordinairement le but des fondations a un caractère d'utilité publique : elles servent à créer des hospices, des asiles, des écoles, des établissements d'enseignement ou d'étude de toutes sortes, etc., ou à augmenter l'importance et la richesse de ceux qui existent déjà, par la création de lits nouveaux dans les hospices, de chaires nouvelles ou de laboratoires, etc. Mais cette condition n'est pas nécessaire, et on voit des fondations inspirées par une pensée égoïste, comme des fondations de messes pour l'âme du testateur. Voyez les tables des recueils d'arrêts, aux mots *Fondation pieuse, Legs pie,* surtout pour la période voisine de l'ancien régime[1]. Voyez

[1] Les fondations de messes ont donné lieu à une jurisprudence toute particulière, d'après laquelle les sommes qui y sont affectées ne doivent pas être considérées

aussi Claude de Ferrière, *La science parfaite des notaires*, Paris, 1699, p. 476.

La pratique des fondations s'est considérablement développée en France dans la seconde moitié du XIXe siècle ; les tribunaux judiciaires et la jurisprudence administrative ont été animés d'un égal désir de favoriser cette tendance ; mais, comme on le verra, il existe actuellement une divergence de vues assez considérable entre l'administration et les tribunaux. Voyez ci-dessous, nos 3343 à 3345.

** **3332. Double procédé.** — Pour réaliser leurs intentions, les particuliers ont le choix entre deux procédés :

1° Ils peuvent *s'adresser à un établissement déjà existant*, et le charger de recevoir les biens qu'ils entendent affecter à leur fondation et d'assurer le service de celle-ci.

2° Ils peuvent *créer un établissement nouveau*, qui n'aura d'autre objet que celui que lui assigne le disposant.

Au premier cas, la fondation est un simple service annexe ajouté à d'autres ; au second cas, elle a une existence indépendante, elle est autonome, dans la mesure où la loi le permet.

3333. Observation. — A raison du but principal des fondations, on ne peut pas adresser à un particulier les biens qui leur sont affectés : ce particulier peut mourir à une époque toute voisine de l'organisation de la fondation, laisser des héritiers nombreux, inconnus ; ou même n'en pas laisser du tout. La durée et la stabilité de la fondation ne saurait être assurée par ce moyen. Il y a là un obstacle de fait plutôt qu'une prohibition légale. Voyez cependant ce qui est dit ci-dessous aux nos 3345 et 3346.

§ 1. *Fondations attribuées à des établissements déjà organisés.*

** **3334. Points à étudier.** — Ce cas est le plus simple. Il n'y a à régler que deux choses : 1° l'*aptitude de l'établissement* à se charger du service qui lui est proposé ; 2° les *relations juridiques* qui naissent entre les divers intéressés.

A. — Aptitude de l'intermédiaire chargé de la fondation.

1° Fondations adressées à l'État, aux départements et aux communes [1].

* **3335. Absence de toute restriction.** — Si les biens affectés à la

comme une donation faite à une paroisse ou à une congrégation ; c'est le *salaire d'un service*, et par suite *il n'y a pas besoin de demander l'autorisation administrative* (Cass., 13 juill. 1859, D. 59. 1. 322, S. 59. 1. 653 ; Paris, 23 nov. 1877, S. 77. 2. 330). Il en est ainsi alors même que des capitaux seraient affectés à ce service, sous la forme d'une *fondation perpétuelle*, ou alors même que les sommes employées à faire dire des messes absorberaient la totalité des biens du testateur (Rennes, 22 août 1861, S. 62. 2. 38 ; Caen, 28 nov. 1865, D. 66. 2. 43, S. 66. 2. 264). Pour une difficulté particulière, voyez Cass., 4 nov. 1895, D. 96. 1. 206 ; cet arrêt implique le maintien de la jurisprudence antérieure. Voyez aussi, à propos de la loi interprétative du 13 avril 1908, décisions diverses, P. et S. 1908. 2. 241.

[1] Notons une circulaire du Directeur de l'Enregistrement du 22 octobre 1895, qui dis-

fondation sont donnés à l'État, à un département ou à une commune, il n'y a aucun doute sur la possibilité du fonctionnement de la fondation, sous la seule réserve de l'acceptation des autorités représentant l'État, le département ou la commune. De leur part, cette acceptation est nécessaire, et si elles refusent, la fondation devient caduque ; mais il n'y a *aucun obstacle légal* qui les empêche d'accepter une fondation quelconque, *à raison de la nature de l'objet de cette fondation,* si elles la jugent utile pour la nation entière ou pour la région qu'elle représentent. État, département et commune sont également chargés de pourvoir à tous les intérêts collectifs, chacun dans l'étendue de son territoire[1]. Comp. n° 2923, ci-dessus. Toutefois le département et la commune devront se munir de l'autorisation administrative, qui leur est nécessaire à cause de la dépendance où ils se trouvent par rapport au pouvoir central. Voyez la note dans D. 95. 1. 217.

2° Fondations adressées aux établissements publics et d'utilité publique.

* **3336. Effet du principe de spécialité.** — En ce cas le fondateur peut rencontrer un obstacle particulier, tenant au principe administratif de la *spécialité* de ces établissements, dont l'histoire, les motifs et la portée ont été exposés ci-dessus, n° 2923. Il se peut que, *par sa nature,* la fondation ne rentre pas dans les attributions de l'établissement choisi par lui, auquel cas *l'autorisation sera refusée,* et la donation ne pourra pas se réaliser. Cette application du principe de spécialité a donné lieu à des décisions particulierement intéressantes pour les fondations adressées soit aux paroisses, fabriques et autres établissements religieux[2], soit à d'autres établissements

pense du droit du mutation les dons et legs faits aux Facultés et Universités parce que ces établissements sont « rattachés par des liens étroits à l'ensemble des services » ; on les a assimilés aux Lycées.

[1] Même depuis la séparation des Églises et de l'État, les communes, en leur qualité de propriétaires des églises paroissiales, peuvent recevoir des dons et legs pour leur agrandissement, leur réparation ou leur entretien, et même pour l'entretien du mobilier des églises, sans que ces libéralités soient considérées comme des subventions au culte (Avis du Conseil d'État).

[2] La jurisprudence des tribunaux judiciaires avait admis de tout temps l'aptitude de l'Église catholique, et par suite celle des autres Églises, à accepter des fondations charitables ou scolaires. Ainsi il a été jugé qu'un legs pouvait être adressé à un *évêché* pour fonder une *école* (Cass., 31 janv. 1893, D. 93. 1. 513, S. 93. 1. 345 ; Chambéry, 21 juin 1893, D. 94. 2. 157, S. 94. 2. 124) ou un *orphelinat-ouvroir* (Amiens, 16 févr. 1893, D. 94. 2. 67, S. 93. 2. 253). Une décision analogue avait été rendue au profit des consistoires jugés aptes à entretenir une école protestante (Cass., 18 mai 1852, D. 52. 1. 137, S. 52. 1. 524). Mais si les établissements religieux trouvaient une tendance libérale chez les tribunaux, ils se heurtaient à une volonté contraire de la part de l'administration. Sauf pendant une courte période, de 1873 à 1881, le Conseil d'État refusait systématiquement aux établissements religieux le droit de faire fonctionner à côté d'eux soit des écoles, soit des institutions charitables (Avis des 13 avril, 7 juillet et 13 juillet 1881, D. 82. 3. 21 et suiv.). Pour la jurisprudence contraire inaugurée en 1873, voyez l'avis du 6 mars 1873, D. 73. 3. 97. Ces variations de la jurisprudence administrative trouvent leur explication dans les changements politiques qui se sont produits en France : en 1873 le pouvoir appartenait aux partis de droite, qui cette année-là même renversèrent M. Thiers, pour le remplacer par le maréchal de Mac-Mahon ; en 1881, les républicains étaient les maîtres et se trouvaient pour la première fois en majorité dans les deux Assemblées, Chambre et Sénat. Pour l'examen théorique

publics[1], lorsqu'il s'agit de la création d'*écoles* ou d'*hospices* ou autres institutions charitables[2]. Les décisions rendues contre les fabriques ou paroisses et les consistoires ou synodes, qui ne sont plus qu'un souvenir, doivent être considérées comme une des formes de la lutte entre les deux pouvoirs éternellement rivaux de l'Église et de l'État.

*3337. **Cas où l'établissement désigné est incompétent.** — Deux hypothèses sont à distinguer :

1° L'AUTORISATION D'ACCEPTER EST REFUSÉE. — Que devient alors la libéralité ? Elle n'est pas nécessairement caduque. Il est possible que le gouvernement en autorise l'acceptation par un autre établissement, dans les attributions duquel la fondation rentre par la nature de son objet. On en cite des exemples (Avis du Conseil d'État du 13 avril 1881, D. 82. 3. 21 ; du 30 nov. 1886)[3]. Mais le décret d'autorisation est un simple acte de tutelle administrative, qui ne peut modifier en rien les droits des parties, et il appartient à l'autorité judiciaire de vérifier si la décision de l'Administration n'est pas contraire à l'intention du disposant, et, s'il lui paraît que cette intention a été méconnue, elle doit prononcer la révocation de la libéralité (Grenoble, 5 janv. 1869, D. 73. 2. 226, S. 70. 2. 13 ; Angers, 23 mars 1871, D. 73. 2. 227, S. 71. 2. 3 ; Aix, 14 juill. 1873, D. 76. 5. 162. — Comp. Avis du Conseil d'État, 9 août 1880, D. 81. 3. 92 et la note).

2° L'AUTORISATION A ÉTÉ ACCORDÉE. — Si le gouvernement, pour des raisons dont il est seul juge, a trouvé bon d'autoriser un établissement à accepter une libéralité sous des conditions qui ne paraissent pas rentrer dans sa compétence, il n'en saurait résulter, *dans l'ordre civil,* aucune nullité de la fondation, ni de la libéralité qui en a été la source (Cass., 31 janv. 1893,

de la question, voyez les notes de M. KOEHLER (D. 93. 1. 513), PLANIOL (D. 95. 1. 217), la note anonyme du *Sirey*, 93. 1. 345 et les articles de MM. DUCROCQ, BÉQUET, RIVET et autres qui y sont cités. En fait de textes, voyez le *Concordat* de 1801, art. 15 (L. 18 germinal an X, dans SIREY, *Lois annotées*. t. I, p. 574) et l'art. 73 de la loi du 18 germinal an X, contenant les *articles organiques* : ces deux textes permettaient d'une manière large de « faire des fondations en faveur des Églises». Depuis la séparation des Églises et de l'État, ces difficultés ont disparu : les cultes non catholiques ont organisé des associations cultuelles ; l'Église catholique vit sous un régime mal défini qui est vraisemblablement transitoire.

[1] Pour les établissements laïques, la jurisprudence des tribunaux judiciaires est également moins étroite que celle du Conseil d'État. Voyez notamment un hospice autorisé à recevoir une fondation ayant pour objet une salle d'asile (Cass., 26 mai 1894, D. 95. 1. 217, S. 96. 1. 129).

[2] Malgré sa tendance libérale, la jurisprudence a été en quelque sorte déviée sur un point particulier par un autre principe du droit administratif. C'est lorsqu'il s'agit d'institutions charitables, destinées à secourir les pauvres : en pareille matière, elle rencontre devant elle le bureau de bienfaisance et son prétendu monopole, et elle écarte les fabriques et autres établissements, moins parce qu'ils sont impropres par eux-mêmes à faire fonctionner ces institutions que parce qu'on prête (sans texte) au bureau de bienfaisance le droit exclusif de faire la charité. Voyez en ce genre, Toulouse, 4 nov. 1890, S. 92. 2. 151 ; Chambéry, 10 déc. 1894, D. 94. 2. 291, S. 96. 2. 14. Sur le monopole des bureaux de bienfaisance, voyez ci-dessus, nos 3002 et suiv.

[3] Voyez aussi les arrêts de Besançon, du 26 mars 1891 (D. 93. 2. 1) et de Cassation, du 25 janv. 1893 (D. 94. 1. 257).

D. 93. 1. 513, S. 93. 1. 345; Amiens, 16 févr. 1893, D. 94. 2. 67, S. 93. 2. 253, et la note dans D. 95. 1. 217-218). C'est à tort qu'on a voulu présenter l'établissement ainsi autorisé comme un *incapable de recevoir,* inhabile comme tel à conserver la donation (Ducrocq, *Revue de droit public,* 1894, t. I, p. 70-71). C'est faire une règle de droit civil, contrairement à toutes les traditions, de ce qui ne doit être qu'un principe de bonne administration, une règle de conduite politique pour le gouvernement[1]. Voyez cependant en faveur de la nullité, Dijon, 11 juin 1896, D. 98. 2. 279. Comp. ci-dessus, n° 2923.

Les exemples ne sont pas rares d'autorisations données à des établissements pour accepter des libéralités dont l'objet ne rentre pas directement dans leur compétence. Voyez un *hospice* autorisé à entretenir une *salle d'asile* pour les enfants pauvres, Bourges, 2 juin 1892, D. 95. 1. 222; Cass., 26 mai 1894, D. 95. 1. 217, S. 96. 1. 129. — Comparez, ci-dessus n° 2740. Beaucoup de libéralitéss ont adressées aux villes ou à l'Assistance publique à la charge d'entretenir le tombeau du disposant.

3338. Cas où la fondation a un objet illicite. — Le procédé de la fondation, c'est-à-dire d'une charge imposée à une libéralité adressée à un établissement capable de recevoir, ne peut pas servir à créer indirectement des institutions contraires à la loi. Ainsi on a annulé un legs fait à l'archevêché de Rouen à la charge d'entretenir à perpétuité un chapelain dans un oratoire privé, ce qui était la création d'un office ecclésiastique que la loi ne reconnaissait pas (Cass., 24 nov. 1891, D. 92. 1. 541, D. 92. 1. 25).

B. — Relations établies entre les intéressés.

3339. Rapports du fondateur avec l'établissement doté. — Les relations qui naissent entre le fondateur et la ville ou l'établissement qui a reçu la fondation sont celles qui dérivent de la donation « sub modo » et de la stipulation pour autrui : le fondateur ou ses représentants peuvent exiger, au cas où ils y auraient un intérêt personnel, l'*exécution effective* des clauses de la libéralité, c'est-à-dire *le fonctionnement de la fondation* conformément à l'acte qui l'a constituée et, comme il s'agit là d'une obligation de faire, elle se résoudra, le cas échéant, en *dommages-intérêts.*

En outre, et en toute hypothèse, c'est-à-dire même à défaut d'un intérêt personnel de leur part à l'exécution de la donation, ils peuvent demander la *révocation pour inexécution des charges*[2]. Tout cela n'est que l'application du droit commun.

[1] Anciennement ce principe de spécialité n'existait pas. Pothier et tous nos anciens auteurs considèrent les villes, les communautés et autres gens de mainmorte comme capables d'accepter, sous le bon plaisir du roi, toutes les libéralités qu'on voulait bien leur offrir et de faire fonctionner par suite les institutions les plus diverses. Nous en avons encore un exemple dans un des rares établissements qui remontent à l'ancien régime : l'Académie française, créée par Richelieu pour veiller à la pureté de la langue, distribue tous les ans des sommes considérables à titre de charité, ou d'encouragement au bien, prix Monthyon et autres.

[2] Voyez, pour des hypothèses diverses, Cass., 9 mai 1905, S. 1907. 1. 335; Bourges, 4 déc. 1905, S. 1906. 2. 281; Paris, 24 avril 1907, S. 1907. 2. 200. — Pour les questions spéciales soulevées à la suite de la séparation des Églises et de l'État, voyez les déci-

***3340. Situation des bénéficiaires.** — L'application des principes de la stipulation pour autrui, qui constitue au fond la charge des fondations, conduirait à faire considérer les bénéficiaires définitifs de la fondation comme étant de véritables *créanciers* par rapport à l'établissement chargé de la fondation et comme leur ouvrant une action contre lui. Comp. Douai, 22 avril 1890, D. 91. 2. 220, où cette règle se trouve indiquée.

Toutefois elle n'a pas produit dans la pratique toutes les conséquences dont elle serait susceptible, et cela grâce à une double circonstance. D'abord il arrive très souvent que les bénéficiaires de la fondation ne sont pas déterminés d'avance et que nul ne pourrait se présenter comme tel. En second lieu, la volonté même du disposant s'oppose souvent aussi à ce qu'on accorde une action aux bénéficiaires de la charge. Il dépend de lui de leur accorder ou de leur refuser la qualité de créancier. Beaucoup de testateurs entendent laisser à cet égard une grande latitude à leurs légataires universels. En ce cas, le droit civil n'accorde pas d'autre sanction que l'*action en révocation pour inexécution des charges,* si le légataire n'accomplit pas les volontés du disposant, et cette action appartient exclusivement aux héritiers naturels. Il arrive même que cette ressource fasse défaut, lorsque le défunt n'a voulu imposer à son légataire qu'un engagement d'honneur ou de conscience (Cass., 7 janv. 1902, D. 1903. 1. 302) ; dans ce cas tout principe d'action disparaît, et ce que peut faire le légataire, conformément aux intentions du défunt, est entièrement libre et volontaire de sa part.

§ 2. — *Fondations comportant la création d'un établissement nouveau.*

A. — Système français.

***3341. Cas où cette création est nécessaire.** — Il est possible que le disposant ne veuille utiliser aucun des établissements existants, soit qu'il n'en trouve pas qui réponde exactement au genre de services qu'il a en vue ; soit qu'il ne soit pas satisfait de leur esprit et de leur tendance politique, scientifique ou religieuse ; soit enfin qu'il veuille faire une fondation assez importante pour vivre seule de ses propres ressources, et à laquelle il désire attacher son nom[1]. Dans ces hypothèses le fondateur a besoin de créer un

sions publiées dans *Sirey,* 1907. 2. 185, 257 et 309 ; mais voyez aussi P. et S. 1908. 2. 241.

[1] MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum pensent, au contraire, qu'il existe assez de personnes morales pour répondre aux buts les plus variés et pour satisfaire toutes les aspirations des fondateurs (*Essai sur les fondations par testament,* p. 19). Mais ils ajoutent aussitôt que « le nombre des lacunes ira en diminuant ». Il y en aura donc toujours, et, n'y en eut-il plus du tout, il serait encore illibéral de prohiber les fondations d'établissements nouveaux. L'édit de 1749 a inutilement tenté d'enrayer le mouvement par son art. 2, qui défendait les créations nouvelles par testament, même au moyen de dispositions faites à titre particulier.

établissement nouveau, distinct des autres. Sous quelles conditions et par quels moyens cela lui est-il permis ? Il faut distinguer selon qu'il se propose de faire sa fondation par *donation entre vifs* ou *par testament*.

1° Fondations par donation entre vifs.

3342. Marche à suivre. — C'est le procédé le plus facile. Il s'agit d'obtenir tout à la fois la *déclaration d'utilité publique* pour le nouvel établissement, et l'*autorisation d'accepter la libéralité*. Comme le gouvernement ne reconnaît jamais aucun établissement avant qu'il ait fait ses preuves. le fondateur devra l'organiser en fait et au bout d'un certain temps de fonctionnement, il sollicitera à la fois les deux actes administratifs dont il a besoin pour arriver à ses fins. La plupart du temps ces fondations rencontrent un accueil bienveillant de la part de l'administration, et pour les fondations importantes on voit souvent se produire un accord préalable entre le fondateur et les représentants du gouvernement. Malheureusement il est fort rare que le disposant consente ainsi à se dépouiller de son vivant [1] ; il est même possible qu'il ne le puisse pas, auquel cas il est réduit à employer la seconde voie qui s'offre à lui.

2° Fondations par testament.

***3343. Obstacle à leur création.** — Ce sont les plus fréquentes. Elles rencontrent une difficulté particulière en droit français, et cette difficulté n'a *aucun motif sérieux*, ni dans l'ordre logique, ni au point de vue social ou administratif. Elle vient uniquement de nos habitudes de langage en matière de personnalité civile et d'une tendance à raisonner sur des mots. On dit : le testateur ne peut adresser sa libéralité à l'établissement qu'il veut fonder, puisque cet établissement n'existera pas encore comme personne juridique au jour de son décès ; il naîtra seulement plus tard, et la disposition doit être traitée comme faite à une personne non encore conçue. Il est donc impossible de *créer* un établissement nouveau par ce procédé. — Les raisons sont les mêmes que lorsqu'il s'agit de *gratifier* une association ou établissement ayant déjà l'existence de fait, mais sans une reconnaissance d'utilité publique ; voyez les arrêts cités ci-dessus aux n°s 2918-2919.

***3344. Moyen pratique de réaliser la fondation.** — Quand on y réfléchit on voit que l'obstacle, qui empêche de réaliser *d'une manière directe* une fondation par testament, ne vient pas d'une *prohibition de la*

[1] Il faut se rappeler que la loi du 1er juillet 1901, art. 11, § final, interdit aux associations de recevoir des libéralités par acte entre vifs faites avec réserve d'usufruit au profit du donateur ; le dépouillement qu'on exige du donateur est donc nécessairement immédiat et complet. Pour la jurisprudence antérieure, voyez Th. Tissier, *Dons et legs*, n° 274.

loi, puisque cette même fondation aurait peut-être été approuvée avec empressement et encouragée par l'administration, si le fondateur avait voulu ou pu l'organiser de son vivant. L'obstacle vient de ce que, le jour de son décès, ses biens vont se trouver vacants et sans maître : ils ne seront pas encore la donation d'un établissement qui n'existe pas ; ils ne sont à personne [1]. Dès lors un moyen très simple s'offre non pas d' « éluder la loi », comme on le dit à tort, car la loi ne *défend* rien ici, mais de *tourner la difficulté* : c'est de charger quelqu'un de faire, *après la mort du testateur,* ce que celui-ci aurait pu faire de son vivant ; cette personne sera, en quelque sorte, le *dépositaire* des biens destinés à la fondation, et elle les possédera sous le titre de *légataire, tenu d'exécuter certaines charges* à lui imposées par le défunt.

***3345. Validité du procédé.** — La jurisprudence admet la régularité de ce moyen. Voyez pour un cas où l'organisation de l'établissement avait été commencée par le testateur lui-même, et où il s'agissait seulement de l'achever, Cass., 8 avril 1874, D. 76. 1. 225, S. 74. 1. 258 ; et pour le cas où il s'agissait d'une fondation entièrement nouvelle, les divers arrêts auxquels a donné lieu la fondation de Biencourt, pour la création d'une école libre à Azay-le-Rideau (Cass., 5 juill. 1886, D. 86. 1. 465, S. 90. 1. 241 ; Angers, 22 juin 1887, D. 89. 2. 6, S. 90. 1. 241 ; Cass., 6 nov. 1888, D. 89. 1. 314, S. 90. 1. 241) ainsi que la création d'une Académie littéraire par le testament d'Edmond de Goncourt (Trib. civ. Seine, 5 août 1897, et Paris, 1er mars 1900, *Gazette des Tribunaux,* 7 août 1897, et 16 mars 1900 ; *Gazette du Palais,* 1897. 2. 456, et 1900. 1. 608 ; S. 1905. 2. 78). Comparez l'affaire Ottétéléchano, jugée par la Haute Cour de Roumanie, 2 mars 1892, D. 93. 2. 3-4 en sous-note, S. 92. 2. 381 [2]. Voyez aussi Bordeaux, 13 mai 1895, D. 95. 2. 438 ; Cass., 12 mai 1902, D. 1902. 1. 425. S. 1905. 1. 137 (affaire de l'hospice de Finestret). Cette jurisprudence est déjà ancienne [3]. La jurisprudence administrative est ici d'accord avec la jurisprudence civile (Legs

[1] On supprimerait cette difficulté avec une loi de deux lignes qui accorderait la *rétroactivité* aux autorisations administratives données pour des fondations testamentaires. Tous les droits de l'État seraient sauvegardés, puisque rien ne se ferait sans son autorisation. Mais qui y songe, dans nos Chambres ? Nous nous croyons en progrès, et souvent nous sommes moins avancés que l'était le droit romain, avec un Préteur ayant le pouvoir de l'assouplir.

[2] La jurisprudence va même jusqu'à sous-entendre l'interposition d'un intermédiaire capable, dans certains cas où il n'est pas expressément désigné par le testateur. Ainsi la fondation de deux lits dans un hôpital dont la création était projetée par une commune, a été réputée faite au profit de la commune elle-même, parce que le testateur était mort avant que l'hôpital fût organisé (Douai. 10 juin 1884, D. 85. 2. 156, S. 86. 2. 172). Autre solution analogue : Nancy, 9 mai 1903, *Répert. général du notariat,* 1903, 554.

[3] L'arrêt le plus ancien que je connaisse est de la Chambre des Requêtes, 7 nov. 1859, D. 59. 1. 444, S. 60. 1. 350. Voyez aussi Cass., 21 juin 1870, S. 70. 1. 367. — La validité du legs adressé à une œuvre future est reconnue en Italie (Giorgi, *Dottrina dei corpi morali,* I, p. 142-143) et en Allemagne (C. civ. all., art. 80 ; Saleilles, *Obligations,* 2e édit., p. 151 ; *Les personnes morales dans le Code civil allemand,* p. 94 et suiv.).

Gobert, *Notes de jurisprudence*, p. 257; Marguerie, *Revue critique*, 1878, p. 513; Becquet, *Répertoire*, v° Dons et legs, n° 83). Voyez aussi le décret rendu en Conseil d'État en faveur de l'Académie de Goncourt, laquelle n'a réellement commencé à fonctionner qu'en 1903 (*Bulletin des Lois*, 1903, n° 3677, p. 899).

Il n'est même pas nécessaire que le testateur ait chargé son légataire d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique pour sa fondation; il peut la laisser fonctionner, par les soins de la personne qui en est chargée, sans la faire pourvoir de la personnalité civile (Cass., 5 janv. 1887, S. 87. 1. 481; Paris, 17 juin 1892, D. 92. 2. 381). La charge ainsi imposée au légataire est perpétuelle de sa nature, mais cela n'a nullement effrayé la Cour de cassation, qui décide simplement que le légataire peut y mettre fin en sollicitant la reconnaissance d'utilité publique et qu'une clause qui tendrait à lui interdire cette faculté serait illicite (Cass., 12 mai 1902, D. 1902. 1. 425, P. 1903. 1. 121, S. 1905. 1. 137, avec les conclusions de M. le P. G. Baudouin). L'arrêt est tout à fait remarquable en ce qu'il admet le fonctionnement d'une fondation *privée* au moyen d'une *société civile*. Sur cet arrêt, voyez E. H. Perreau, *Revue critique*, février 1904.

Il faut d'autant plus savoir gré à la jurisprudence d'avoir accordé cette facilité, qui est d'ailleurs de tous points conforme aux principes juridiques et aux nécessités publiques, qu'elle rencontrait souvent devant elle les prétentions des bureaux de bienfaisance, qui tendent sans cesse à accaparer toutes les ressources de la charité à leur profit[1]. On a vu

[1] Dans leur étude citée au n° 3330 ci-dessus, MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum cherchent à établir que les fondations ne peuvent ni se créer ni fonctionner en France au moyen des seules institutions du droit privé et que la fondation est nécessairement *matière de droit public*. Ils emploient dans ce but deux sortes d'arguments. D'abord des raisons de droit: une association non reconnue est incapable de recevoir à titre gratuit (L. 1er juillet 1901, art. 2); la société civile est impropre, à cause de son but essentiellement lucratif, à faire vivre une fondation dans un but désintéressé; il ne reste donc, comme organes disponibles pour les fondations, que les personnes morales du droit public. Ensuite des considérations économiques: les fondations entraînent des clauses d'indisponibilité et d'affectation perpétuelle, auxquelles la propriété individuelle répugne par sa nature, tandis que ces clauses s'harmonisent parfaitement avec le mode particulier de posséder des personnes morales publiques; si on conçoit une œuvre de bienfaisance créée par un philanthrope de son vivant, et qu'un caprice de sa volonté peut détruire, notre droit moderne n'admet pas qu'une volonté, exprimée dans un testament et irrévocable dans l'avenir, s'impose à une série de générations sans l'assentiment de l'autorité publique. — On sent là une tendance constante de l'Administration qui cherche sans cesse à dénier aux particuliers la faculté de faire quoi que ce soit dans l'intérêt général en se passant de ses services ou en lui faisant concurrence. Mais le système des legs avec charge, admis depuis l'époque romaine, ne peut pas être détruit par ces considérations, et la preuve que les particuliers sont aptes à faire fonctionner des fondations, c'est que les établissements reconnus d'utilité publique reçoivent tous les jours des libéralités dans ce but; or ces établissements, malgré la reconnaissance d'utilité publique, conservent le caractère de *personnes privées*. Quant aux sociétés civiles, c'est à tort qu'on leur attribue comme but exclusif un partage de bénéfices, puisque la loi admet que la société peut avoir pour objet la simple mise en commun de l'*usage* d'un bien (t. II, nos 1948 et 1994). La jurisprudence des tribunaux civils me paraît sur ce point absolument légale et sans dangers: ce n'est qu'un moyen de plus mis à la disposition des initiatives privées; et l'on serait bien mal inspiré en cherchant à les décourager. Voyez dans le sens favorable aux fondations privées, les deux lettres des professeurs E. Huber et O. Gierke, sur la pratique suivie en Suisse et en Allemagne (citées ci-dessus au n° 3330). La Société d'études législatives s'est occupée de la question des fondations privées (14e question).

des arrêts admettre la validité de ces *fondations testamentaires par l'intermédiaire d'un particulier*, chargé de les organiser, alors même que le but était nettement charitable et que le bureau de bienfaisance prétendait absorber la fondation (Paris, 17 juin 1892, D. 92. 2. 381). Voyez aussi dans le même sens, Cass., 7 nov. 1859, D. 59. 1. 144, S. 60. 1. 350. On trouve cependant des décisions dissidentes, qui méconnaissent certainement la volonté des fondateurs, comme l'arrêt de Besançon, si justement critiqué par M. Beudant (25 mars 1891, D. 93. 2. 1).

3346. Réfutation des objections. — Deux objections principales ont été dirigées contre ces solutions.

1° Le légataire chargé d'organiser la fondation *n'est pas un véritable légataire*; il n'est pas *gratifié*, puisqu'il ne lui restera rien après qu'il aura rempli sa mission. — L'objection tombe d'elle-même dans les cas où la fondation ne doit absorber qu'une partie des biens légués. Si la charge est aussi étendue que le legs, elle est encore sans valeur, car il est reconnu que les *charges* d'un legs peuvent en absorber entièrement le profit sans en détruire la nature. Voyez ci-dessus, n° 3015.

2° *Le légataire fait l'office de personne interposée.* — On a déjà vu que les deux procédés de l'interposition de personne et de la charge au profit d'un tiers sont si voisins qu'ils semblent se confondre (ci-dessus, n° 3018). Cependant il ne faut pas avoir peur d'un mot ni bannir l'interposition de personne quand elle n'a rien de frauduleux. Remarquons du reste une différence : quand l'interposition de personne est destinée à faire fraude à la loi pour cacher une libéralité faite à un véritable incapable, la personne interposée n'aura jamais été, *à toute époque*, qu'un *propriétaire fictif*, tandis que la personne interposée, qui sert dans une donation avec charges à gratifier des enfants non encore conçus ou des établissements non encore organisés, est *réellement propriétaire*, au moins pour un temps et parfois pour toujours.

B. — Systèmes étrangers.

3347. Renseignements sommaires. — En Allemagne, il est admis depuis longtemps que celui qui veut fonder un établissement utile n'a pas besoin de faire entrer les biens dont il compte le doter dans le patrimoine d'une personne réellement existante ; sa fondation trouve en elle-même la raison de son existence : elle est un patrimoine affecté à un but déterminé (Puchta, *Pandekten*, § 27 ; Roth, *System des deutschen Privatrecht*, 1re partie, § 73 ; Windscheid, §§ 58 et 59). Le Code civil allemand a réglementé toute la matière des fondations dans ses art. 80 à 89. L'approbation administrative est toujours exigée. Si la fondation est faite par testament, l'approbation est rétroactive (art. 83 et 84).

Ce qu'il y a de plus remarquable, c'est que ces fondations ne sont pas le patrimoine d'une corporation, *Körperschaft* ; c'est une *Stiftung*, un établissement composé d'une masse de biens sans que personne en soit réputé propriétaire. Comp. t. I, n° 1989.

On trouvera quelques renseignements et documents sur diverses fondations allemandes dans la thèse de M. Lory (p. 165, *fondation Bluntschli* ; p. 159, Caisse de subsides des *étudiants genevois*) ; comp. Truchy, thèse, p. 159[1].

[1] M. Truchy fait observer avec raison que nous avons en France un certain nombre de fondations qui ressemblent beaucoup aux *Stiftungen* allemandes, en ce sens qu'elles constituent à elles seules une personne morale possédant un patrimoine, sans que ce patrimoine puisse être considéré comme le bien collectif d'une corporation ou d'une association. Il cite en ce genre (p. 163 et 165) la fondation *Chabrand Thibault*, hospice privé établi à Cormeilles-en-Parisis (Seine-et-Oise) et approuvé par décret du 24 février 1869 (*Bulletin des Lois*, série 11, t. XXXIII, p. 488) et la fondation *Rothschild*, comprenant une maison de secours, une maison de retraite, un orphelinat, etc., approuvée par décret du 8 avril 1886, et erigée en établissement indépendant, bien qu'elle eût pour origine une donation au consistoire israélite. Il y en a bien d'autres : institution des jeunes aveugles de Nancy (*Bulletin des Lois*, 11e série, t. XXVI, p. 174), orphelinat de Ham (t. XIV, p. 49), maison de santé évangélique de Nimes (12e série, t. IV, p. 901),

Belgique. — Pendant quelque temps on avait admis en Belgique, tout au moins en matière de bienfaisance, la possibilité de créer directement une fondation par testament, depuis l'arrêt de Cassation belge, du 14 mars 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 1. 101), interprétant l'art. 84 de la loi communale belge du 30 mars 1836 ; mais une loi du 3 juin 1859 déclara ce genre de fondations impossible.

CHAPITRE V

DU PARTAGE D'ASCENDANT

(Art. 1075 à 1080.)

3348. Bibliographie. — Genty, *Des partages d'ascendant*, 1850. — Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, 1868. — Barafort, *Des partages d'ascendant*, 1870. — Bonnet, *Traité pratique des partages d'ascendants*, 2 vol., 1874. — André, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, 1881. — Léon Picaud, *Des partages d'ascendant comme moyen d'éviter la dispersion de la petite propriété paysanne*, thèse, Paris, 1902.

Il existe en outre un grand nombre d'articles de revues et de thèses de doctorat sur cette matière. Voyez principalement Dérôme, *Revue critique*, 1866. On en trouvera une liste complète en tête de l'article « Partage d'ascendant » dans le *Répertoire général*, de Fuzier-Hermann et Carpentier. — *Adde* Bonnecase, thèse, Toulouse, 1905 ; Chauvin, thèse, Poitiers, 1910 ; André Chain, thèse, Paris, 1912.

****3349. Définition.** — Le partage d'ascendant est l'acte par lequel un ascendant partage lui-même sa succession entre ses descendants, en composant à sa guise les lots qu'il attribue à chacun. Il peut se faire de deux façons, soit par donation entre vifs, soit par testament; on a ainsi des *donations-partages* et des *testaments-partages*. C'est donc un *acte mixte*, dans lequel les règles des partages se combinent avec celles des donations ou des testaments.

***3350. Utilité de l'institution.** — Le partage d'ascendant a pour but d'éviter les contestations qui pourraient s'élever entre les enfants sur la formation et sur l'attribution des lots. Il peut aussi servir à éviter le tirage au sort des lots, quand il y a des mineurs parmi les héritiers, et à économiser les frais d'un partage en justice : l'ascendant fait lui-même, et à peu de frais, la répartition de sa fortune en attribuant à chacun le bien qui lui convient le mieux.

etc. La différence est que ces fondations sont organisées *par une personne vivante* ; elles ne résultent pas directement, comme dans le système allemand, des *dispositions testamentaires d'une personne décédée*. — Il y aurait peut-être avantage à exiger que celui qui désire faire une fondation par testament soit obligé de s'entendre *de son vivant* avec l'administration compétente : un échange de vues l'amènerait peut-être à faire d'utiles changements à son projet, tandis qu'on ne discute pas avec un mort, et les testaments imposent souvent aux fondations des conditions gênantes, inutiles ou regrettables, qu'on ne peut faire disparaître.

D'autre part, il peut y avoir pour l'ascendant lui-même une certaine utilité : quand il est vieux et infirme, il se décharge de l'administration de ses biens, en l'abandonnant à ses enfants ; il évite par là une interdiction judiciaire, ou tout au moins le dépérissement d'une fortune qu'il n'est plus en état de gérer.

***3351. Ses inconvénients.** — Malheureusement le partage d'ascendant ne remplit que d'une manière très imparfaite le rôle pour lequel il a été créé. Lui qui devrait éviter des procès, il en est une source abondante ; nos recueils d'arrêts enregistrent tous les ans des décisions sur cette matière [1]. La faute en est en partie au législateur qui n'a réglé ce procédé que d'une manière insuffisante, et en partie aux particuliers eux-mêmes qui ne font pas toujours ces partages avec l'impartialité nécessaire ; leurs actes portent trop souvent la marque de leurs préférences personnelles. La jurisprudence aussi a sa part de responsabilité. Voyez les observations critiques de M. Réquier dans la *Revue pratique,* 1866, t. XXII, p. 253. Voyez cependant la thèse de M. Léon Picaud, citée au n° 3348, qui montre comment les tribunaux s'efforcent parfois d'atténuer les vices et les inconvénients du partage d'ascendant.

D'autre part, l'utilité que cette opération peut offrir pour l'ascendant quand elle se fait par donation entre vifs, est souvent illusoire ; souvent même l'abandon de ses biens devient pour lui une véritable calamité. Les enfants, qui ont reçu leurs lots par anticipation, peuvent se montrer ingrats, et l'expérience en témoigne, comme ce dicton rapporté par Loysel : « Qui le sien donne avant mourir, bientost s'appreste à moult souffrir » (*Institutes coutumières,* n° 668). Le remède à ce danger consiste à stipuler une *rente viagère* au profit de l'ascendant, en la garantissant par une hypothèque, s'il y a des immeubles.

3352. Histoire. — Les débuts du partage d'ascendant remontent au droit romain. Ce partage se faisait d'abord sans aucune forme, en vertu de la puissance paternelle ; Justinien exigea seulement la rédaction d'un écrit (Nov. 18). D'un autre côté, on pratiquait le *testamentum inter liberos,* admis par Constantin, qui était un testament privilégié, en ce sens qu'il n'avait pas besoin de contenir une institution d'héritier (Nov. 107). Comp. Accarias, t. I, p. 900, note 2.

Ces deux institutions, qui avaient toujours été distinctes, ont été rapprochées et confondues par nos anciens auteurs. Le partage d'ascendant se faisait par acte de dernière volonté ; il était révocable en principe, et on l'avait affranchi des formalités ordinaires des testaments (Ord. de 1735, sur les testaments, art. 15 et 18). La plupart des coutumes étaient muettes sur cette matière.

A côté de ce partage testamentaire, notre ancien droit possédait une autre institution, la *démission de biens,* qui était une sorte de libéralité entre vifs : l'ascendant transmettait immédiatement ses biens à ses enfants, comme s'il y avait ouverture anticipée de sa succession (Boullenois, *Questions sur les démissions de biens,* 1727 ; Pothier,

[1] Il ne faut pas toutefois s'en exagérer le nombre, car l'emploi du partage d'ascendant est assez fréquent dans certaines régions de la France.

édit. Bugnet, t. I, p. 530 et suiv. ; Merlin, *Répert.*, v° Démission de biens ; Réquier, nos 28 à 39).

Notre partage d'ascendant actuel est la combinaison de ces deux institutions anciennes. Comp. Féréol-Rivière, *Essai historique sur les partages d'ascendants, Revue de législation*, 1847, t. III, p. 406.

Il est très pratiqué dans certains départements, notamment dans le Lot, dans le Lot-et-Garonne, dans le Tarn-et-Garonne.

§ 1. — *Conditions et formes du partage d'ascendant.*

A. — Qui peut faire un partage d'ascendant.

***3353. Énumération limitative.** — Cette faculté n'est accordée qu'aux *père, mère* et *autres ascendants* (art. 1075). On n'a pas voulu accorder le même droit à d'autres parents, ni à plus forte raison à des étrangers. Ainsi un oncle ou un frère, qui laisse sa succession à plusieurs héritiers, ne serait pas autorisé à la répartir entre eux par un véritable partage comme celui que ferait un ascendant.

Il pourrait cependant faire quelque chose qui s'en rapprocherait beaucoup. D'abord, s'il veut leur transmettre ses biens par testament, il est libre de composer les lots comme il lui plaît, et il peut s'astreindre à respecter, dans la distribution de ses biens, la proportion établie par la loi pour la succession ab intestat. Sans doute un testament ainsi fait n'établirait pas entre les différents légataires les rapports particuliers qui naissent du partage ; mais il dépend du testateur de les créer par des clauses spéciales, tout au moins dans une large mesure : ainsi il pourrait imposer à ses différents légataires l'obligation réciproque de *garantie,* au cas où l'un d'eux serait évincé d'un bien mis dans son lot. Il pourrait également obliger l'un d'eux à payer une *soulte* aux autres, s'il recevait un lot plus fort que sa part. La seule chose peut-être qu'il ne dépendrait pas de lui d'imiter, c'est le *privilège* qui garantit le paiement de la soulte, car les privilèges ne peuvent être créés que par la loi. — D'autre part ce testament d'un collatéral échappe aux causes spéciales de nullité qui sont édictées contre les partages d'ascendant, mais cette différence est toute à son avantage.

En second lieu, si le disposant est décidé à se démettre immédiatement de la propriété, il peut faire *une vente* à ses héritiers présomptifs, *avec prix payable à son décès,* et intérêts annuels jusque-là : cette opération, ingénieusement combinée, échappe à la fois aux règles du partage d'ascendant et à l'art. 918 (Cass., 27 juill. 1899, S. 1901. 1. 183).

B. — Forme du partage d'ascendant.

***3354. Partage testamentaire.** — Des deux formes sous lesquelles

peut être fait le partage d'ascendant, celle-ci est la plus simple. On emploie les formes ordinaires des testaments, auxquelles l'art. 1076 se borne à renvoyer. Rappelons seulement que le père et la mère ne peuvent pas faire le partage général de leurs biens tous deux par un seul et même acte ; ils doivent rédiger deux testaments séparés.

***3355. Partage entre vifs.** — L'ascendant peut aussi faire une *donation-partage*. L'acte est alors soumis à toutes les formes prescrites pour les donations entre vifs par les art. 931 et suiv.[1]. Ainsi la *transcription* sera nécessaire, s'il y a des immeubles; pour le mobilier, il faudra dresser un *état estimatif*; l'acceptation des donataires devra être *expresse* et notifiée comme le prescrit l'art. 932, si elle est faite par acte séparé (Rennes, 15 juin 1892, D. 92. 2. 591), etc.

En principe, la rédaction d'un *acte notarié* sera nécessaire. Toutefois, si la disposition ne portait que sur des *meubles corporels,* il semble bien que la simple distribution de ces meubles, faite de la main à la main, serait suffisante pour opérer le partage, car le *don manuel* est une forme licite de donation.

3356. Droits d'enregistrement. — Afin de faciliter les partages d'ascendant une loi du 16 juin 1824 avait abaissé considérablement le droit de mutation à percevoir sur les donations-partages, mais ce droit, relevé d'abord au taux uniforme de 1 pour 100, sans distinction entre les meubles et les immeubles, par la loi du 18 mai 1850, art. 10, a été porté à 1,70 pour 100 par la loi budgétaire du 25 février 1901, art. 18, sans addition de décimes. — De plus, en 1824, on avait dispensé les donataires de payer le droit de transcription au moment même où ils faisaient enregistrer l'acte, comme le voulait l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816 : le droit proportionnel de transcription (1,50 pour 100) était payable seulement quand cette formalité était réellement requise. Dans ces conditions un huitième à peine des partages d'ascendant étaient transcrits. Pour augmenter les recettes du fisc une loi du 21 juin 1875, art. 1er, avait rétabli le principe de la loi de 1816 pour les partages d'ascendant ; le droit de transcription était perçu quand l'acte était présenté à l'enregistrement et la formalité de la transcription ne donnait plus lieu ensuite qu'au droit fixe de 1 franc (L. 28 avril 1816, art. 61). La loi précitée du 25 février 1901 est revenue au système de 1816 : le droit de transcription n'est perçu qu'à l'accomplissement de la formalité, et il est alors réduit à 0,25 pour 100, taux établi par la loi du 25 juillet 1900.

Pour le droit d'enregistrement sur les soultes, voyez Cass., 27 mars 1905, D. 1907. 1. 39.

C. — Au profit de qui doit être fait le partage.

***3357. Règle principale.** — Le partage doit être fait au profit de *tous les enfants du disposant*, qui se trouveront ses héritiers au jour de sa mort, et qui seront capables de succéder et acceptants. *Si un seul d'entre eux a été omis, le partage entier est nul,* et il doit en être fait un nouveau

[1] Le partage d'ascendant, étant soumis aux formes des *donations entre vifs,* échappe aux règles particulières établies par la loi pour les *partages* dans lesquels des mineurs sont intéressés (Demolombe, *Donations*, t. VI, nos 36 à 38).

dans les formes ordinaires (art. 1078). Sur cette cause de nullité, voyez ci-dessous, n° 3384.

*3358. **Conséquences.** — Il résulte de l'art. 1078 :

1° que s'il survient un nouvel enfant, fût-ce un posthume, le partage est nul, bien qu'il n'y ait eu aucun moyen d'en empêcher la nullité ;

2° que s'il y a omission d'un enfant vivant, la nullité n'est pas encourue immédiatement, car il se peut que l'enfant omis meure ou répudie la succession.

Pour apprécier la validité d'un partage d'ascendant on doit donc se placer, non pas au moment où le partage est fait, mais au moment du décès.

On ne doit pas considérer comme omis dans le partage un enfant qui y était compris et qui a subi la révocation de son lot pour inexécution des charges (Bordeaux, 30 déc. 1908, P. et S. 1911. 2. 177).

3359. Enfants dont l'omission entraîne nullité. — Le partage serait nul, si on avait omis un *enfant adoptif*, car il a les mêmes droits qu'un enfant légitime. Il en serait de même pour l'omission d'un *enfant naturel*, car il a des droits de succession, comme ses frères et sœurs légitimes. Enfin les *enfants légitimes d'un enfant prédécédé* doivent être compris dans le partage sous peine de nullité, car ils représentent leur père ou mère.

3360. Effet du prédécès d'un enfant. — L'hypothèse inverse doit être prévue, et elle est peut être plus fréquente : on a compris dans le partage un enfant qui est mort avant le disposant, et sans laisser de postérité. En ce cas, *le partage n'est pas nul* ; mais il faut déterminer ce que devient la part attribuée à l'enfant prédécédé. Si le partage a été fait entre vifs, cette part fait retour à l'ascendant donateur, à titre de succession anormale, conformément à l'art. 747 (Rennes, 3 nov. 1893, D. 94. 2. 39) ; si c'est un partage testamentaire, elle est indivise entre les cohéritiers survivants.

Si l'enfant prédécédé a laissé lui-même des enfants, ceux-ci succèdent tout naturellement à son lot, s'il l'avait reçu entre vifs ; ils le recueillent par droit de représentation si c'est un partage testamentaire (Riom, 7 mars 1885, D. 87. 2. 8, S. 87. 2. 153).

On peut supposer aussi que l'un des enfants apportionnés renonce ou est indigne : celui-là conserve en principe ce qu'il a reçu en vertu de la donation ou ce qui lui est attribué par le testament ; sa part lui reste jusqu'à concurrence de la quotité disponible, sauf révocation pour ingratitude, s'il y a lieu.

3361. Enfants d'un premier lit. — Si l'un des conjoints a des enfants d'un premier lit, ceux-ci ne peuvent figurer que dans un partage fait par celui des deux conjoints dont ils descendent. Par suite, une donation opérée en leur faveur par les deux époux conjointement ne peut valoir que comme donation ordinaire et non comme partage d'ascendant (Nancy, 11 juin 1887, D. 88. 2. 183).

3361 *bis*. Hypothèse d'un enfant unique. — Si l'ascendant n'a qu'un seul enfant, la démission de biens qu'il consent à son profit a les caractères d'une donation ordinaire, et non ceux d'un partage (Demolombe, t. VI, n° 55).

D. — Capacité nécessaire.

3362. Capacité de l'ascendant. — Aucune règle spéciale n'est établie ; c'est le droit commun qui s'applique. L'ascendant devra donc posséder, selon le cas, soit la capacité de disposer par acte entre vifs, soit la ca-

pacité de tester. Ainsi un interdit, qui ne peut ni tester ni donner, ne pourra faire de partage d'ascendant sous aucune forme. Un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, qui ne peut pas faire de donations, pourra néanmoins faire un partage testamentaire, parce qu'il peut disposer par testament.

3363. Capacité des enfants. — Pour eux encore, c'est la capacité de droit commun qui est nécessaire.

Une seule observation est à faire. S'il existe parmi les enfants un condamné à une peine perpétuelle, le partage ne peut avoir lieu par acte entre vifs, parce que les condamnés aux travaux forcés à perpétuité sont incapables de recevoir entre vifs, si ce n'est pour cause d'aliments (L. 31 mai 1854). Ce résultat fâcheux ne se produisait pas avant 1854, car le condamné était réputé mort civilement et ne comptait pas pour le règlement de la succession, tandis qu'aujourd'hui il a droit de succéder et doit être compris dans le partage, à peine de nullité. Le partage devrait donc se faire *par testament*, et l'enfant condamné pourra y recevoir une part, bien que la loi de 1854 le déclare incapable de recevoir aussi bien par testament que par donation. Ceci tient à ce que les enfants viennent *en qualité d'héritiers*, lorsque le partage est fait par testament, et non en qualité de légataires : c'est la succession légitime qui s'ouvre, le partage seul en a été fait d'avance par le père. Le condamné à une peine perpétuelle n'est donc pas exclu du partage testamentaire ; toutefois, il n'y peut figurer que pour sa part ab intestat, et ne doit rien recevoir par préciput, ce qui constituerait une libéralité qu'il est incapable de recueillir.

E. — Biens pouvant faire l'objet du partage.

***3364. Biens dont l'ascendant ne peut pas disposer.** — Une personne ne peut pas partager entre ses enfants les biens dont elle n'a pas la libre disposition. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal ne peut pas comprendre ses biens dotaux dans un partage entre vifs, à moins qu'elle ne se trouve dans le cas exceptionnel où l'aliénation est permise pour établir les enfants (art. 1556). Elle peut au contraire les distribuer entre eux par un partage testamentaire.

Au cas où des biens dotaux inaliénables auraient été compris dans une donation-partage, l'acte serait frappé d'une nullité totale (Grenoble, 1er avril 1908, D. 1910. 2. 220).

***3365. Biens à venir.** — Si le partage a lieu entre vifs, il ne peut comprendre que des *biens présents* (art. 1076, al. 2). Un partage fait par testament peut au contraire porter même sur les biens à venir.

3366. Biens de communauté. — Lorsque l'ascendant qui veut faire un partage de ses biens entre ses enfants est marié sous le régime de la communauté, il lui est impossible de comprendre sa part des biens communs dans le partage, soit qu'il le fasse sous forme de donation, soit qu'il le fasse sous forme de testament. C'est là une singularité de notre droit et une lacune évidente de la loi : il faudrait permettre aux époux mariés sous le régime de communauté de déterminer d'une manière définitive la part de chacun dans les biens communs, en vue d'un partage d'ascendant. En l'état actuel du droit ce moyen n'existe pas : la part de celui qui fait le partage ne sera déterminée qu'après sa mort, et quand il fait son testament ou sa donation-partage, il ignore encore quels biens la composeront (Cass., 13 nov. 1849, D. 49. 1. 311, S. 49. 1. 753 ; Cass., 23 déc. 1861, D.

62. 1. 31, S. 62. 1. 29 ; Limoges, 29 nov. 1897, D. 1902. 2. 97, avec une note de M. de Loynes).

La seule ressource est alors le *partage conjonctif* (ci-dessous, n° 3370), lequel ne peut se faire que par donation entre vifs.

3367. Biens donnés entre vifs. — Peut-on comprendre dans un partage d'ascendant des biens précédemment donnés entre vifs à l'un des enfants ? Cela dépend. Si ces biens ont fait l'objet d'une *donation préciputaire*, le successible qui les a reçus a le droit de les garder jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et l'ascendant ne peut plus rien sur eux. Mais s'il s'agit d'une simple *donation en avancement d'hoirie*, comme elle doit faire retour à la succession par l'effet du rapport, l'ascendant qui veut procéder au partage général de ses biens par testament [1] a le droit de la comprendre dans la masse partageable ; cela ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité des donations, parce que l'opération est en réalité le partage de la succession, dont les biens donnés se trouveront faire partie. S'il est prudent, l'ascendant devra précompter ces biens sur le lot du successible auquel il les avait donnés ; car, s'il les mettait dans le lot d'un autre, tout pourrait se trouver compromis par la répudiation du donataire, qui garderait ce qu'il a reçu jusqu'à concurrence de la quotité disponible, ou même plus simplement par l'aliénation des biens donnés, qui dispenserait le donataire d'en faire le rapport en nature.

3368. Biens n'appartenant pas au disposant. — Le partage serait nul pour le tout si l'on y avait compris d'autres biens que ceux de l'ascendant, par exemple ceux du conjoint prédécédé de l'ascendant, et ceux des enfants eux-mêmes (Angers, 25 janv. 1862, D. 62. 2. 36 ; Caen, 15 juin 1863, S. 64. 2. 292). Voyez cependant Riom, 29 oct. 1888, D. 90. 2. 330, qui permet de comprendre en une seule masse les biens de l'ascendant prédécédé confondus avec ceux du survivant, du consentement de tous les enfants majeurs et capables.

3369. Partages partiels. — L'ascendant peut faire porter le partage sur la totalité de ses biens, soit qu'il les donne entre vifs, soit qu'il préfère employer la forme testamentaire. Mais il peut aussi ne faire qu'un partage partiel [2], et dans ce cas il lui est possible de procéder à plusieurs partages successifs, sans s'astreindre à prendre pour le second la même forme que pour le premier : l'un peut se faire entre vifs et l'autre par testament.

Si l'ascendant meurt en laissant des biens qu'il n'a pas partagés lui-même, ses héritiers se les partagent conformément aux règles ordinaires (art. 1077).

***3370. Des partages conjonctifs.** — Les père et mère réunissent volontiers leurs biens en une seule masse pour les distribuer conjointement à leurs enfants, quand ils veulent les leur donner par acte entre vifs. C'est ce qu'on appelle un « partage conjonctif » (Cass., 16 nov. 1885, D. 86. 1.

[1] Si le partage se fait par donation entre vifs, les biens donnés ne sont pas encore *rapportables*, puisque la succession du donateur n'est pas ouverte ; ils peuvent néanmoins être compris dans le partage, avec l'assentiment du donataire et sous réserve du droit des tiers.

[2] Dans notre ancien droit coutumier, l'ascendant était obligé de faire le partage de tous ses biens : une disposition partielle ne pouvait valoir que comme donation ou comme legs, parce qu'elle n'atteignait pas le but dans lequel les partages d'ascendants avaient été autorisés, qui était de prévenir toutes les contestations naissant de l'indivision et du partage (Furgole, *Testaments*, chap. viii, sect. I, n° 161 ; Auroux des Pommiers, *Coutume de Bourbonnais*, art. 216, n° 12).

395, S. 86. 1. 454). On y trouve un double avantage : 1° la composition des lots est rendue plus facile ; 2° la liquidation des reprises de la femme se trouve évitée.

Les deux époux, agissant conjointement, peuvent disposer de la totalité des biens de la communauté ; ici ne s'appliquent pas les limitations apportées par l'art. 1422 au droit du mari de donner entre vifs les biens communs (Cass., 29 avril 1851, D. 52. 1. 25, S. 51. 1. 329).

Mais *le partage conjonctif n'est possible que sous la forme entre vifs.* L'art. 968 s'oppose à ce que les deux époux fassent ensemble un testament-partage par un seul et même acte. Il y avait dans l'ordonnance de 1735 (art. 77) une disposition contraire, qui n'a pas été conservée.

D'autre part, le partage conjonctif n'est possible qu'*au profit des enfants communs.* Si l'un des époux a des enfants du premier lit, il leur est interdit de disposer de cette façon, parce que ces enfants n'ont aucun droit sur la succession du second conjoint de leur père ou mère.

Enfin il y aurait une clause essentiellement utile à y insérer : ce serait de réserver au profit du survivant l'usufruit total des biens donnés ; malheureusement cette clause est nulle et réputée non écrite, en vertu des art. 900 et 1097, comme contenant, dans un seul et même acte, une donation réciproque entre époux (Paris, 23 juill. 1900, S. 1903. 2. 265). Sur ce résultat désastreux de l'art. 1097 et sur une tentative infructueuse, faite en 1881, pour obtenir une réforme éminemment désirable, voyez ci-dessus, n° 3215, en note.

F. — Composition des lots.

3371. Rôle de l'ascendant. — Dans le système de la loi, il est bien visible que c'est l'ascendant lui-même qui doit procéder au partage de ses biens, et la jurisprudence décide en effet qu'il n'y a pas partage d'ascendant, lorsque la division des biens a été effectuée par les enfants eux-mêmes, hors la présence de leur ascendant, qui s'est borné à leur faire une donation collective (Cass., 24 juin 1872, D. 72. 1. 472, S. 73. 1. 77 ; Poitiers, 4 févr. 1878, D. 78. 2. 67 ; Bordeaux, 10 nov. 1903, D. 1904. 2. 143).

Cependant les arrêts admettent des tempéraments qui détruisent à peu près toute certitude dans la pratique. Ainsi il a été jugé que l'opération constitue un partage d'ascendant, par cela seul que la division des biens a été imposée aux enfants par le donateur, et qu'ils y ont procédé par voie d'attribution et non par voie de tirage au sort (Lyon, 6 mars 1878, D. 78. 2. 65), ou encore parce que l'ascendant leur a remis des biens à la condition de les partager dans la proportion de leurs parts héréditaires, et cela quoique le partage ait été fait entre les enfants *par acte séparé et hors la présence de l'ascendant* (Cass., 5 nov. 1877, D. 78. 1. 372, S. 78. 1. 214 ; trib. Louvain, 18 nov. 1892, D. 93. 2. 476). Les arrêts antérieurs semblaient exiger *le concours de l'ascendant* au partage fait par les enfants (Montpellier, 27 juill. 1869, S. 70. 1. 174, Dalloz, *Suppl.*, t. V, p. 282, note 2)

La question a de nombreux intérêts soit au point de vue des droits d'enregistrement,

soit pour les actions au moyen desquelles on peut attaquer le partage. Sur le pouvoir des juges du fait, voyez Cass., 2 juill. 1878, D. 78. 1. 463.

3372. Application de l'art. 832. — Cet article veut que l'on mette dans chaque lot une même quantité d'objets de même nature, de façon à les rendre aussi semblables que possible. S'applique-t il au partage d'ascendant ? Ce n'est pas un texte ayant nécessairement une portée générale : il est écrit à propos des partages judiciaires. Il y aurait eu une certaine utilité à laisser toute liberté au père pour la composition des lots. Cependant la jurisprudence exige qu'on observe dans les partages d'ascendant la similitude de composition des lots, en vertu de l'art. 832 (arrêts nombreux. Voyez notamment Cass., 25 févr. 1878, D. 78. 1. 449, S. 81. 1. 73 ; Toulouse, 31 déc. 1883, D. 84. 2. 81, S. 84. 2. 113). Cette règle souffre toutefois exception, conformément à l'art. 827, lorsque les biens ne sont pas commodément partageables (Bordeaux, 3 juin 1887, D. 88. 2. 125 ; Lyon, 27 mars 1893, D. 94. 2. 60 ; Cass., 15 nov. 1893, D. 94. 1. 437, S. 96. 1. 20. Comp. Cass., 8 mars 1875, D. 75. 1. 278).

La doctrine s'élève en général avec force contre cette jurisprudence, qui enlève au partage d'ascendant une bonne part de son utilité en empêchant les parents d'attribuer leurs biens aux plus capables de les exploiter et de lotir les autres en argent. Sur un système intermédiaire qui restreignait l'application de l'art. 832 aux partages testamentaires, parce que dans les partages entre vifs l'acceptation des enfants emporterait ratification du lotissement, voyez Aubry et Rau, t. VIII, § 732, note 3.

3373. Possibilité d'une dérogation. — Néanmoins l'art. 832 n'est pas considéré comme une disposition d'ordre public, à laquelle il ne puisse pas être dérogé. Par conséquent l'ascendant qui procède au partage, sans se conformer à cet article, peut édicter telle clause pénale qu'il voudra pour empêcher ses enfants de l'attaquer pour ce motif. Par exemple, il peut attribuer la quotité disponible par préciput à celui des enfants contre lequel l'action serait dirigée (Cass., 26 juin 1882, D. 83. 1. 70, S. 85. 1. 118).

§ 2. — *Effets du partage d'ascendant.*

A. — Partage par donation entre vifs.

1° Effets du vivant du donateur.

***3374. Titre auquel les enfants possèdent les biens donnés.** — Ce point a fait autrefois difficulté, mais on peut dire que la question est aujourd'hui tranchée : tant que le donateur vit, ses enfants ne peuvent pas être traités comme *héritiers*. « Nulla est viventis hereditas », disait un adage ; la succession d'une personne ne s'ouvre que par sa mort. S'ils ne sont pas héritiers, ils ne peuvent être que *donataires*[1]. Personne ne songe plus à leur attribuer une autre qualité.

3375. Conséquences. — 1° Les enfants n'ont pas encore la qualité de *successeurs universels* de l'ascendant qui leur a transmis ses biens ; ils ne sont que des *ayants cause particuliers*, et par suite ils ne sont pas tenus de ses dettes par le seul effet de la transmission qui s'est opérée à leur profit ; ils n'en doivent répondre qu'en vertu de conventions particulières, comme des donataires ordinaires. Il y aurait donc nullité de la dona-

[1] Le système qui voyait dans le partage entre vifs une sorte de *présuccession* ou d'ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, avait cependant été admis par la Chambre des requêtes (4 févr. 1845, D. 45. 1. 49, S. 45. 1. 305). Il a été abandonné par elle en 1860 (Cass., 13 févr. 1860, D. 60. 1. 169, S. 60. 1. 552).

tion-partage, si elle leur imposait l'obligation d'acquitter les dettes futures (Cass., 4 mars 1878, D. 78. 1. 149).

2° Les enfants peuvent se voir enlever les biens donnés par une action en révocation pour inexécution des conditions ou pour ingratitude.

3° La donation n'est opposable aux créanciers et autres ayants cause du disposant, qu'autant que les formalités légales ont été remplies, notamment la *transcription*, si elle comprend des immeubles.

***3376. Rapports des enfants entre eux.** — Donataires à l'égard de leur père ou mère, les enfants ont entre eux des relations semblables à celles qui naissent d'un partage : ils sont *donataires copartagés*[1]. Ils pourront exercer les uns contre les autres l'*action en garantie*, s'ils subissent une éviction ; ils pourront se demander le *paiement des soultes* qui leur auront été imposées par le donateur. Et ces deux actions seront garanties par le *privilège des copartageants*, de l'art. 2103.

Par une suite de la même idée, le défaut de paiement d'une somme par l'un des enfants à l'autre n'autorise pas l'exercice de l'action en résolution pour inexécution des charges, cette action n'existant pas en matière de partage (Besançon, 8 juin 1857, D. 58. 2. 66, S. 57. 2. 688. — Comp. Cass., 7 août 1860, D. 60. 1. 498, S. 61. 1. 977).

2° Effets après la mort du donateur.

***3377. Ouverture de la succession.** — Une fois le donateur mort, le caractère et les effets du partage entre vifs changent : il devient à ce moment un véritable *partage de succession*, et les enfants, qui jusque-là n'étaient que des donataires, deviennent des *héritiers*.

***3378. Conséquences.** — 1° Chacun d'eux peut accepter ou répudier la succession. 2° Ceux qui l'acceptent sont tenus des dettes *ultra vires*, à moins qu'ils n'aient eu soin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Cependant leur nouvelle qualité d'héritiers n'efface pas complètement leur titre ancien de donataires. Ainsi ceux qui renoncent conservent leurs lots jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Ainsi encore, s'il y en a qui aient accepté sous bénéfice d'inventaire, les biens que l'ascendant leur a distribués ne peuvent être atteints entre leurs mains, ni par les créanciers, ni par les légataires ; en effet ces biens étaient sortis définitivement du patrimoine du défunt par la donation entre vifs qu'il en avait faite ; ils ne sont pas dans sa succession, et les créanciers héréditaires ou les légataires ne pourraient les atteindre que si les enfants avaient accepté la succession purement et simplement.

Une difficulté se présente parfois. Un père ayant plusieurs enfants leur fait entre vifs une donation-partage comprenant la plus grande partie de sa fortune. En même temps il désire que tous ses enfants conservent indéfiniment, même après son décès, les lots qu'il leur attribue. Dans cette intention il les déclare dispensés du rapport ou, ce qui revient au même, il spécifie que la donation est faite par préciput et hors part, de façon que

[1] Ce point paraît aujourd'hui bien établi. M. Genty avait proposé un autre système, qui refusait aux enfants la qualité de copartagés tant que vivait leur ascendant. Pour lui le partage entre vifs se décomposait en deux éléments, l'un *actuel*, la donation ; l'autre simplement *éventuel*, la distribution des biens. Ce dernier ne pouvait produire d'effets qu'à la mort de l'ascendant parce que les enfants y figuraient *en qualité d'héritiers*. Provisoirement ils étaient de simples donataires en avancement d'hoirie. En conséquence, il ne pouvait être question ni de soulte, ni de privilège, ni de recours en garantie, tant que la succession de l'ascendant n'était pas ouverte. Pour la réfutation de ce système, voyez AUBRY et RAU, t. VIII, § 728, note 2.

cette donation ne soit pas résolue par le rapport, lorsqu'ils accepteront sa succession pour recueillir le reste de sa fortune. Plus tard le père fait à une personne étrangère une donation entre vifs ou testamentaire n'excédant pas la quotité disponible. A sa mort les enfants prétendent que cette donation nouvelle doit tomber tout entière, la quotité disponible se trouvant absorbée et au delà par la donation préciputaire qui leur a été faite à eux-mêmes. Les tribunaux n'ont pas admis cette prétention. Il leur a paru qu'un homme qui n'avait avantagé aucun de ses enfants n'avait pas touché à son disponible et que la dispense de rapport insérée par lui dans la donation n'avait pas ici son sens ordinaire et n'empêchait pas la libéralité de s'imputer sur la réserve des enfants comme une donation faite en avancement d'hoirie, (Cass., 9 déc. 1856, D. 57. 1. 116, S. 57. 1. 344 ; Cass., 19 nov. 1867, D. 68. 1. 75 et la note).

B. — Effets du partage testamentaire.

1° Époque antérieure au décès.

3379. Absence d'effets du partage. — Comme le testament ne produit d'effet qu'à la mort du testateur, il n'y a en réalité qu'une seule période à examiner pour étudier les effets d'un testament-partage : c'est celle qui suit le décès de son auteur. Jusque-là ce n'est qu'un projet que le testateur peut révoquer ; ce sera, pour lui, une *disposition de dernière volonté*. Cependant on doit se préoccuper de certains faits qui peuvent survenir dans l'intervalle.

3380. Changements survenus avant le décès. — S'il se produit quelque changement dans la valeur des biens, après que le testament a été rédigé, ces variations n'ont en principe aucune conséquence : les enfants en souffriront ou en profiteront, et recevront des lots valant plus ou moins que ceux qu'ils auraient recueillis, si le décès s'était produit plus tôt. Ils n'auront donc aucun recours à exercer (art. 1018 et 1019). Toutefois si ces changements étaient si considérables qu'il en résultât pour l'un d'eux une *lésion de plus du quart*, ce fait ouvrirait à son profit l'*action en rescision*, dont il est parlé plus loin.

Pour l'application de ces règles, on ne doit pas distinguer entre les changements qui sont dus au hasard et ceux qui ont pour cause le fait de l'ascendant et qui constituent des détériorations, des améliorations ou des constructions.

Il pourrait arriver aussi que le testateur ait aliéné avant de mourir tous les objets compris dans le lot de l'un des enfants : celui-là devrait être considéré comme n'ayant pas été compris dans le partage, et par conséquent la nullité serait encourue par application de l'art. 1078.

2° Époque postérieure au décès.

*** 3381. Question générale.** — La principale question qu'on se pose est alors de savoir si les enfants recueillent les biens *à titre de légataires*, ou *à titre d'héritiers* : est-ce la succession ab intestat ou la succession testamentaire qui s'ouvre ? La solution la plus communément admise, et qui paraît vraiment la meilleure, est que *le testament-partage n'opère aucun changement dans le titre des enfants*, dans leur vocation héréditaire : le testament ne leur confère pas le droit de succéder ; il ne fait que partager entre eux la succession, alors même qu'il débuterait en fait par une insti-

tution expresse des enfants comme légataires. Cette déclaration serait sans effet, comme inutile et étrangère à l'objet véritable de l'acte.

Les preuves en sont décisives. C'est d'abord l'ancien droit très clairement exposé par Lebrun : « Quoique le partage soit fait par testament, les coutumes considèrent les enfants comme héritiers ab intestat des parts et portions que leur père leur a léguées » (Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. I, n° 11, Comp. Guy Coquille. Question 244 ; Auroux des Pommiers, *Coutume de Bourbonnais*, art. 216, n° 31).

C'est ensuite le texte même de l'art. 1075, qui définit le partage d'ascendant en disant que c'est l'acte par lequel les père et mère font le *partage* et la *distribution* de leurs biens entre leurs enfants. Cela signifie que le père prend pour base la vocation légale de ses enfants, et il ne fait que se substituer à eux pour opérer le partage de sa succession.

Du reste, cette opinion paraît unanimement admise. Voyez une intéressante note anonyme du Dalloz (1905. 2. 169).

3382. Conséquences. — Les enfants n'ont pas d'autre titre que celui d'héritiers pour recueillir les biens du défunt. Ils ne peuvent donc renoncer à la succession pour s'en tenir au testament. S'ils acceptent la succession, les biens mis dans leur lot par l'ascendant peuvent être saisis par ses créanciers ou réclamés par ses légataires, sauf l'effet de l'action en réduction s'il y a lieu, car ce sont *des biens héréditaires*.

D'ailleurs tous les effets du partage se produisent entre les enfants, pour l'action en garantie, le paiement des soultes et le privilège des copartageants.

§ 3. — *De la rescision du partage.*

A. — Cas de nullité.

***3383. Nullités de droit commun.**— Un partage d'ascendant peut être attaqué pour bien des causes différentes. Il y en a plusieurs dont on n'a rien à dire parce qu'elles sont l'application du droit commun [1]. Telles sont les actions en nullité fondées sur un vice de forme, sur une incapacité ou sur un vice de consentement.

Ainsi la révocation pour inexécution des conditions prononcée contre un seul des enfants n'a pas d'effet contre les autres (Bordeaux, 30 déc. 1908, D. 1910. 2. 369).

***3384. Omission d'un enfant.** — Il y a en outre pour les partages d'ascendant un *cas spécial de nullité*, dans lequel il semble bien que l'exercice d'une action soit inutile : c'est l'*omission d'un enfant* (ci-dessus, n° 3357 et suiv.). Aux termes de l'art. 1078, le partage doit comprendre tous les enfants du disposant, non pas ceux qui vivaient au jour de la donation ou de la confection du testament, mais ceux qui, étant vivants au jour de son décès, acceptent sa succession. Si l'un d'eux a été omis, il y a nullité, et une *nullité radicale* : le partage est nul pour le tout. Et le texte ne se borne

[1] Telle est l'application des art. 826 et 832 au partage d'ascendant, admise par la Cour de cassation (Cass., 16 août 1826 ; Montpellier, 7 févr. 1850, D. 51. 2. 25). Pour la critique de cette jurisprudence, voyez Chain, thèse, p. 79 et suiv.

pas à cela ; il ajoute : « Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale... » On n'a donc pas besoin de faire casser l'acte : la présence d'un enfant omis est un fait évident, qui permet de le faire tenir pour non avenu.

L'action qui appartient à l'enfant omis est une *pétition d'hérédité*, qui dure trente ans (Besançon, 23 mars 1880, D. 81. 2. 15, S. 81. 2. 92).

Toutefois cette nullité n'a lieu qu'après le décès de l'ascendant et à la condition que l'enfant omis lui succède (Colmar, 20 févr. 1867, D. 67. 2. 42, S. 67. 2. 209) ; elle se trouverait couverte, si cet enfant renonçait à la succession. Pour la même raison l'ascendant n'est pas autorisé à agir de son vivant comme si le partage était nul et à disposer à nouveau des biens qu'il avait donnés (Caen, 10 mai 1852, D. 53. 2. 185, S. 53. 2. 74).

Mais, quand la nullité est encourue, l'enfant omis n'est pas seul admis à s'en prévaloir ; ses frères et sœurs, qui ont été apportionnés, ont le même droit que lui (Cass., 5 nov. 1877, D. 78. 1. 372).

La nullité n'atteint d'ailleurs que le partage lui même et non les dispositions étrangères, telles qu'une libéralité par préciput, qui pouvaient se trouver dans le même acte (Bordeaux, 20 août 1853, D. 54. 5. 258).

3385. Autres causes de nullité. — Enfin il existe deux actions spéciales organisées par les art. 1079 et 1080, l'une pour *lésion de plus du quart*, l'autre pour *atteinte à la réserve*, qui soulèvent beaucoup de difficultés dans la pratique. Voyez les n^os^ suivants.

B. — Rescision pour lésion.

***3386. Le principe.** — D'après l'art. 1079, l'un des enfants peut attaquer le partage, quoiqu'il ait reçu toute sa réserve et même davantage, par cela seul qu'on ne lui a pas donné *les trois quarts de sa part véritable dans les biens partagés*. Cette solution n'est autre chose qu'une application particulière de l'action ordinaire en rescision des partages pour lésion de plus du quart; néanmoins elle appelle quelques observations.

3387. Évaluation de la lésion. — On tient compte uniquement de la masse des *biens partagés*, ce qui amène quelquefois un résultat singulier. Ainsi supposons une fortune de 240 000 francs et deux enfants. Le père a commencé par donner à l'un d'eux toute sa quotité disponible, qui vaut 80 000 francs. Il en reste 160 000 à partager : il attribue 55 000 à celui qui est déjà donataire par préciput, et 105 000 francs à l'autre. Finalement, l'un d'eux aura 135 000 francs et l'autre 105 000 francs seulement ; néanmoins celui qui a la plus forte part des biens paternels pourra se plaindre et faire rescinder le partage, quoiqu'il ait beaucoup plus que sa part de réserve, car il aurait dû recevoir au moins les trois quarts de sa part dans ce qui restait à partager, c'est-à-dire 60 000 francs et il n'a eu que 55 000 francs. Comp. Montpellier, 5 juill. 1853, D. 54. 2. 63, S. 53. 2. 692 ; Bordeaux, 27 déc. 1869, D. 71. 2. 201, S. 70. 2. 124.

S'il y avait eu plusieurs partages partiels successifs, la lésion se calculerait sur leur ensemble, et non isolément pour chacun d'eux (Cass., 18 déc. 1854, D. 55. 1. 55, S. 55. 1. 572).

Moment de l'évaluation. — Il n'y a pas de difficultés pour les *partages testamentaires :* on ne peut se placer qu'à un seul moment, celui du décès du disposant, pour faire l'estimation des biens. Il y a eu au contraire des doutes très sérieux pour le *partage entre vifs*. Comme il s'agit d'une donation qui dépouille immédiatement l'ascendant, il semblait naturel d'évaluer les biens au moment même où ils sont attribués aux enfants, et il y a eu des arrêts en ce sens (Agen, 11 juill. 1861, D. 61. 2. 233, S. 62. 2. 375), mais la jurisprudence est maintenant fixée en sens contraire : la Cour de cassation juge

depuis longtemps que l'évaluation de la lésion doit se faire *à l'époque du décès*, parce que c'est l'ouverture de la succession de l'ascendant, qui donne à l'acte fait par lui le caractère de partage héréditaire et qui seule permet de l'attaquer pour cause de lésion (Cass., 18 févr. 1851, D. 51. 1. 294, S. 51. 1. 340 ; Cass., 25 août 1869, D. 69. 1. 466, S. 69. 1. 454 ; Cass., 2 juill. 1895, D. 95. 1. 511, S. 95. 1. 311). Sur les opinions des auteurs, voyez les indications données par MM. Aubry et Rau, t. VIII, § 734, note 12. Comp. Réquier, nos 134 à 138 ; Chain, p. 54 et suiv.

3388. Durée de l'action. — Si le partage a été fait par acte entre vifs, comme il a pris la forme d'une convention, on lui applique l'art. 1304, et la prescription s'accomplit par *dix ans* (Orléans, 29 juill. 1880, D. 80. 2. 161, S. 84. 1. 259). Mais s'il a eu lieu par testament, l'art. 1304 devient inapplicable et la prescription ne peut être que celle de *trente ans* (art. 2262). Comp. t. II, no 1344.

3389. Clause de préciput. — Le plus souvent, on insère dans le partage une clause aux termes de laquelle l'ascendant déclare donner par préciput, à celui de ses enfants qui se trouverait avantagé par la composition des lots, tout l'excédent qui se trouverait dans le sien. Cette clause est considérée comme valable parce que, si l'enfant qui a un lot trop fort se trouve avantagé, ce n'est pas l'effet du partage, c'est en vertu d'une donation préciputaire, en sorte que les biens réellement partagés sont répartis également entre tous les enfants (Demolombe, t. VI, no 4).

C. — Réduction pour attente à la réserve.

***3390. Hypothèse.**— Voici sur quelle hypothèse la loi a statué. Il se peut que l'un des enfants ait reçu par préciput la quotité disponible; c'est l'avantage le plus grand qu'il puisse avoir, le père n'a plus rien à lui donner, et cependant, en partageant la réserve, il lui donne encore un lot plus fort qu'aux autres. Cet enfant a donc reçu, par combinaison du partage et des dispositions par préciput, « un avantage plus grand que la loi ne le permet », comme le dit l'art. 1079. Ainsi, quand il y a deux enfants et 24 000 francs d'actif, la quotité disponible (8 000 francs) étant donnée à l'un, celui-ci reçoit encore un lot de 9 000 francs, sur ce qui reste à partager, tandis que son frère n'obtient que 7 000 francs.

3391. Utilité d'un texte spécial. — Si la loi n'avait rien dit, l'enfant avantagé aurait pu se retrancher derrière le dilemme suivant : « Est-ce la libéralité préciputaire ou le partage que vous attaquez ? Si c'est la libéralité, elle n'est pas sujette à réduction, car je n'ai reçu que la quotité disponible ; si c'est le partage, il n'est pas critiquable, car vous n'êtes pas lésé de plus du quart. » De là vient la nécessité d'une action spéciale, établie par un texte exprès, comme l'est l'art. 1079.

3392. Condition de l'action. — L'action est soumise par la loi à une condition particulière: il faut que ce soit *le même enfant* qui, étant déjà donataire ou légataire par préciput de la quotité disponible, profite en outre de l'inégalité des lots. Par suite deux hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles l'un des enfants aura reçu moins que sa réserve, sans qu'il puisse néanmoins en obtenir le complément:

1° La quotité disponible a été léguée à l'un des enfants et c'est à un autre enfant que le lot excessif a été attribué, tandis que l'enfant préciputaire n'a reçu qu'un lot égal ou inférieur à sa part de réserve; dans ce cas, ni l'un

ni l'autre n'a obtenu un avantage « plus grand que la loi ne le permet » ; l'action n'est donc pas recevable.

2° La quotité disponible a été donnée ou léguée à un étranger. Dans ce cas encore l'enfant qui reçoit un lot trop fort n'est pas *avantagé* au delà du disponible, et par conséquent le partage est inattaquable, tant que l'enfant lésé reçoit au moins les trois quarts de sa part dans les biens partagés. De son côté, le tiers donataire ou légataire ne peut pas être atteint par l'action en réduction, puisque, par hypothèse, la libéralité qu'il a reçue ne dépasse pas la quotité disponible.

3393. Nature de l'action. — On s'est demandé quelle est la nature de cette action : est-ce une action *en rescision pour lésion* ou une *action en réduction* ? La question est très controversée.

Intérêts de la question. — La discussion offre des intérêts multiples :

1° Si c'est une action en rescision, le résultat sera la chute du partage entier, qui devra être refait à nouveau ;

2° Elle doit être dirigée contre tous les enfants à la fois ;

3° Elle peut être écartée par l'offre d'une indemnité égale au complément de la part légitime du demandeur (art. 891) ;

4° Elle se prescrit par dix ans (art. 1304).

— Si c'est une action en réduction, tous ces points seront réglés différemment : le partage ne sera pas annulé ; l'action sera dirigée uniquement contre l'enfant qui a reçu un avantage excessif ; elle ne peut être écartée que par la remise de biens en nature, et non d'une indemnité pécuniaire ; elle ne se prescrit que par trente ans.

Opinions doctrinales. — En général, on enseigne dans la doctrine qu'il s'agit d'une action en rescision, parce que l'art. 1079 la rapproche de l'action en rescision pour lésion : c'est le même texte ; il doit parler de la même action dans les deux cas qu'il prévoit. La loi elle-même le dit : *le partage pourra être attaqué...* ; elle ouvre donc une action qui fera tomber le partage et ne servira pas seulement à compléter la réserve d'un enfant (Demolombe, t. XXIII, n° 189 *bis* ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, viii et xii). Aubry et Rau (t. VIII, § 734, notes 42 et suiv.) et Réquier (n°s 208 à 215) approuvent au contraire la jurisprudence.

Jurisprudence. — La jurisprudence décide que la seconde des deux actions dont parle l'art. 1079 est une *action en réduction*, parce que sa seule raison d'être est *une atteinte portée à la réserve*. Par conséquent le partage n'est pas annulé et l'enfant n'a droit qu'au complément de sa réserve (Cass., 30 juin 1852, D. 54. 1. 434, S. 52, 1. 735 ; Poitiers, 23 janv. 1905, D. 1905. 2. 169, S. 1905. 2. 217) ; l'action doit être dirigée exclusivement contre l'enfant avantagé au delà de la quotité disponible (Agen, 28 mai 1850, D. 51. 2. 8, S. 51 2. 177) ; elle ne peut donner lieu à l'application de l'art. 891 (Cass., 17 août 1863, S. 63. 1. 529, note de M. Labbé ; Cass., 16 avril 1873, D. 73. 1. 200, S. 73. 1. 317. — Voyez cependant Lyon, 27 mars 1902, P. 1903. 2. 51).

3394. Calcul de la quotité disponible. — Pour savoir s'il y a eu atteinte à la réserve, on doit procéder conformément aux règles ordinaires, c'est-à dire estimer la fortune totale du disposant en joignant aux biens qu'il a pu laisser lors de son décès ceux dont il avait précédemment disposé au moyen d'une donation-partage. Cette réunion fictive doit se faire en vertu de l'art. 922, comme s'il s'agissait d'une donation ordinaire (Cass., 13 févr. 1860, D. 60. 1. 169, S. 61. 1. 552 ; Cass., 14 mars 1866, D. 66. 1. 173, S. 66. 1. 353).

3395. Nullité des clauses pénales. — Le disposant ne peut empêcher par aucun moyen ses donataires ou légataires d'attaquer le partage, lorsque celui-ci porte atteinte à leurs droits de réserve. Toute clause pénale, qui tendrait à les priver de leur action, est nulle (Cass., 14 mars 1866, précité ; Cass., 7 juill. 1868, S. 69. 1. 125).

D. — Ouverture des actions en nullité ou en rescision.

3396. Règle générale. — Pour les partages faits par testament, il ne peut y avoir de doute : l'acte ne produit d'effet qu'au décès du testateur et c'est seulement à partir de ce moment qu'il peut être attaqué. Pour les partages entre vifs, il y a eu de longues controverses dans la doctrine : beaucoup d'auteurs voulaient qu'il fût permis aux enfants d'agir immédiatement en nullité ou en rescision (voyez les citations dans Aubry et Rau, t. VIII, § 734, notes 19 et 51) ; mais la jurisprudence décide que l'action ne peut être intentée qu'après le décès de l'auteur du partage, et que c'est seulement à partir de ce moment qu'elle commence à se prescrire, sans distinguer selon la cause et la nature de l'action (Cass., 16 juill. 1849, D. 49, 1. 237, S. 49. 1. 622 ; Cass,, 13 juill. 1869, D. 71. 1. 171, S. 71. 1. 34 ; Cass., 23 mars 1887, D. 87. 1. 400, S. 87. 1. 152). C'est surtout pour l'enfant qui se plaint d'être *lésé* dans le partage que le doute a été sérieux ; mais la solution qui a triomphé se justifie par une bonne raison : s'il avait été *entièrement omis*, il n'aurait le droit d'attaquer le partage qu'à la condition de survivre au donateur et de se porter héritier ; à plus forte raison doit-il en être de même quand il a simplement reçu une part trop faible.

3397. Règle spéciale aux partages conjonctifs. — Si les père et mère ont donné leurs biens en une seule masse, l'ouverture des actions et leur prescription sont retardées jusqu'au jour du décès du dernier mourant des donateurs (Cass., 16 nov. 1885, D. 86. 1. 395, S. 86. 1. 454). C'est l'effet de l'indivisibilité des deux opérations qui ont été confondues en une seule. Si les deux successions, bien que données par le même acte, avaient fait l'objet d'un règlement et d'un partage distincts, les actions existant pour chacune d'elles seraient indépendantes et se prescriraient séparément à compter de chaque décès (Agen, 11 juin 1865, D. 65. 2. 31).

3398. Effet de la rescision. — Quelle que soit sa cause, la rescision du partage rétablit l'indivision entre les enfants, qui doivent alors procéder entre eux à un nouveau partage dans les formes ordinaires. Si le partage annulé était un partage entre vifs, l'effet des actes de disposition faits par les enfants donataires dépend de la façon dont les biens leur seront définitivement attribués ; ces actes peuvent disparaître par application de l'art. 883 (Cass. 26 juill. 1887, D. 89, 1. 71, S. 87. 1. 377). Sur une conséquence particulière de la rescision dont l'effet est nécessairement général, voyez Cass., 6 août 1884, D. 85. 1. 49, S. 85. 1. 369.

3399. Frais. — L'art. 1080 veut que l'enfant demandeur fasse l'avance des *frais*, et qu'il les supporte en totalité quand son action est repoussée ; c'est une dérogation au principe général de l'art. 131 C. proc. civ.

3400. Inconvénients du système de la loi. — L'existence d'actions en rescision ou en nullité, reculées à une époque indéterminée, a de grands inconvénients pratiques. On reste trop longtemps sans savoir si le partage sera valable, et les enfants qui ont reçu les biens entre vifs ne trouvent pas d'acheteurs quand ils veulent vendre. Beaucoup d'avocats donnent pour conseil de ne plus faire de ces partages. Il existe d'ailleurs un moyen assez simple d'y échapper : c'est de faire aux enfants, soit par testament, soit par actes entre vifs, des libéralités isolées, indépendantes, ayant chacune pour objet l'équivalent du lot que l'enfant obtiendrait dans une donation-partage ou dans un testament-partage. Chacun reçoit ainsi ce qui doit lui revenir sans être réputé *copartagé* avec ses frères et sœurs, faute d'une attribution commune faite à eux tous et précédant l'attribution de lots individuels. Sur les difficultés d'interprétation que peut amener la distinction entre les deux procédés, voyez Demolombe, *Donations*, t. VI, nos 49 à 51. Sur les différences qui les séparent, voyez Wahl, note sous Cass., 19 août 1910, P. et S. 1913, 1. 41.

Projet de réforme. — Une proposition a été déposée à la Chambre des Députés, en 1909, par MM. de Castelnau, de Gaillard-Bancel et Ollivier (annexe à la séance du 14 janvier, n° 2230).

ADDITIONS

1.

1818. Limitation nouvelle du degré successible. — La loi de finance du 31 décembre 1917 (*Journal officiel* du 1er janvier 1918) a, dans son art. 17, limité en principe au sixième degré de parenté le droit de succéder au défunt dans les termes suivants :

« Les parents collatéraux au delà du sixième degré ne succèdent pas, à l'exception toutefois des descendants des frères et sœurs du défunt.

« Toutefois les parents collatéraux succèdent jusqu'au 12e degré lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdiction légale. »

Cette disposition n'est applicable qu'à l'expiration du délai de six mois après la cessation des hostilités. Jusque-là l'art. 755 C. civ. continuera à s'appliquer selon son texte actuel.

2.

2066 *bis*. Droits de mutation par décès. — Le tarif des droits de mutation a été relevé par l'art. 11 de la loi budgétaire du 31 décembre 1917. Le tarif très compliqué établi par cette loi varie de 1 pour 100 à 36 pour 100 et est applicable par tranches progressives à la part nette de chaque ayant droit.

Outre ce droit de mutation dû par chaque héritier, l'art. 10 de la même loi a établi une taxe globale sur l'actif net de la succession qui varie de 0. 25 pour 100 à 24 pour 100, mais cette taxe supplémentaire n'est perçue que sur les successions où le défunt ne laisse pas quatre enfants vivants ou représentés.

D après l'art. 13, lorsqu'un héritier, donataire ou légataire, aura quatre enfants ou plus vivant au moment de l'ouverture de la succession, les droits à percevoir en vertu de l'art. 11 seront diminués de 10 pour 100 pour chaque enfant en sus du 3e, sans que la réduction totale puisse excéder 50 pour 100.

3.

Errata, — Au n° 2813, lignes 11 et 12, au lieu de : D. 96. 1. 2. 273, lisez : D. 96. 2. 273.

Au n° 2994, ligne dernière, au lieu de : D. 94. 599, lisez : D. 94. 2, 599.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TROISIÈME VOLUME

Les chiffres qui ne sont précédés d'aucune indication renvoient aux *numéros* ; les renvois aux *pages* sont indiqués par la lettre p. Le signe — tient lieu du *mot principal* de chaque article de la table. La lettre s. à la suite d'un numéro signifie *et suivants*.

Abandon. Successions bénéficiaires, 2137, s.

Absence. Théorie générale, voy. t. I. Dissolution de la communauté, 1207. Incapacité de succéder, 1720, s. Représentation d'un absent, 1767. Partage des successions, 2337, 2349. Dévolution des biens de l'absent, 2463, s. Enfant absent, 2664-4° et 2670.

Académie française. Fondations charitables, 3337, en note. Voy. aussi n° 994.

Acceptation. Formation des contrats. Voy. t. II.

Successions. — par un héritier mineur ou interdit, 1957. Par les héritiers du successible, 1958-1959. Capacité requise, 1960. Délai, 1961, s. Prescription du droit d'accepter, 1971, s. — pure et simple, 1992, s. — bénéficiaire, 2011, s. — tacite, 1994, s. — forcée, 2001, s. Effets généraux de l'—, 2009.

Communauté. Formes, 1223. Effets, 1237, s.

Libéralités. Formes, 2562. Époque, 2567. Défaut d'acceptation, 2573. Personnes incapables d'accepter sans autorisation, 2930, s. Acceptation provisoire, 2939. Libéralités adressées aux pauvres, 2998. Acceptation conjointe, 3004. Dispense d' — expresse, 3146. Extension aux legs des règles établies pour les donations, 2731.

Remploi, 953-956, 960.

Accroissement. Théorie générale, 2859, s.

Accusation. — calomnieuse, 1742.

Achats. Voy. t. I.

Acquêts. Communauté d' —, 999. Communauté réduite aux — immobiliers, 1009. Société d' — jointe au régime dotal, 1681, s. Ancien système successoral, 1789, s. Voy. **Conquêts.**

Acte. Généralités. Voy. t. I. Sens du mot dans l'art. 816, 2354.

Acte authentique. Voy. Acte notarié.

Acte conservatoire. Voy. t. I.

Acte d'administration. Généralités, voy. t. I. Voy. **Administration.**

Acte déclaratif. Effet rétroactif du partage, 2380, s.

Acte de l'état civil. Voy. t. I.

Acte de notoriété. Successeurs irréguliers, 1947. Preuve de la parenté afin de succéder, 2049.

Acte instrumentaire. Voy. t. II.

Acte notarié. Généralités, voy. t. II. Contrat de mariage, 806. Donations, 2525 et 2529. Acceptation de donation, 2564. Dons manuels aux personnes morales, 2542. Testament authentique, 2698.

Acte solennel. Généralités, voy. t. I et II. Contrat de mariage, 805, s. Donation entre vifs, 2510, 2523, s. Testament, 2515. Acceptation de donation, 2562.

Actif. Communauté légale, 912, s. Communauté conventionnelle, 972, s. Communauté universelle, 988. Communauté d'acquêts, 1001 et 1008. Partage de l'actif, 1301, s.

Action en justice. Généralités, voy. t. II. Exercice des — appartenant à la femme commune en biens, 1062, s. Femme séparée de biens, 1460. Exercice des — de la femme dotale, 1512, s., 1532. — paraphernales, 1669. — d'un absent exercées par les envoyés en possession, 2484. Droits de l'exécuteur testamentaire, 2829. Voy. aussi t. I.

Action en nullité. Généralités, voy. t. II. Immeubles dotaux, 1532, s. et 1633, s. Acceptation ou répudiation de succession, 1988, s. Partage, 2419, s. Partage d'ascendant, 3383, 3396. Voy. **Nullité.**

Action en partage. Théorie générale, 2322, s. Comparaison avec la pétition d'hérédité, 2048.

Action en retranchement. 1409, s.

Action en réduction. Généralités, 3103, s. Partage d'ascendant, 3393.

Action en reprise. Voy. **Reprises.**

Action en rescision. Acceptation de succession, 1988, s. Partage, 2421, s. Partage d'ascendant, 3386.

ACTION EN RÉSOLUTION. Non admise en matière de partage, 2406.
ACTION EN RÉVOCATION. Contre un donataire ingrat, 2647; contre un légataire, 2855.
ACTION HYPOTHÉCAIRE. Légataire particulier, 2792, s.
ACTION PAULIENNE. — en matière de dot, 883. Renonciation à la communauté, 1236. Acceptation et répudiation de successions, 1990, s. Partages frauduleux, 2433, s.
ACTION RÉELLE. Pétition d'hérédité, 2045, s.

Actions des sociétés. Voy. t. I et t. II.

Adages. Actiones quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent, 2658.
Actor sequitur forum rei, 1703.
Bâtards ne succèdent point, 1821.
Bien de femme ne se doit perdre, 899 et 2382, en note.
Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, 2090, 2588, 2810.
Confirmatio nil dat novi, 2532.
Décret forcé nettoie toutes hypothèques et droits, 1594.
Donner et retenir, hors mariage, ne vaut, 796, 2592, 3142.
Error communis facit jus, 2060.
Exclure c'est disposer, 2746.
Fiscus semper solvendo censetur, 1949.
Fraus omnia corrumpit, 1022, 1510.
Fructus augent hereditatem, 2053, 2175.
Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia, 785, 791, 794.
In judiciis universalibus pretium succedit loco rei, 2175 et note sous le n° 922.
Institution d'héritier n'a lieu, 2728.
In testamento dies incertus conditionem facit, 2732.
Le mort saisit le vif, 1931, 1933.
Major pars trahit ad se minorem, 946, 3127.
Marito non licet onerare propria uxoris, 1361.
Media tempora non nocent, 2977.
Melius est non solvere quam solutum repetere, 2104.
Mobilia personam sequuntur, 1924.
Ne dote qui ne veut, 852.
Nemo liberalis nisi liberatus, 2186, 2241, 3093.
Nemo partim testatus decedere potest, 2516.
N'est héritier qui ne veut, 1956, 1959, 1973.
Nulla viventis hereditas, 3374.
Paterna paternis, 1793, 1801.
Portio accrescit portioni, 2030.
Propres ne remontent pas, 1786, 1793.
Protestatio non valet contra actum, 1999.
Qui auctor est se non obligat, 1092.
Qui épouse le corps épouse les dettes, 1076.
Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, 3115.
Semel heres semper heres, 1977, 2140.
Subrogatum sapit naturam subrogati, 922.
Uxor non proprie est socia, sed speratur fore, 898, 903, note.

Adjudication. Attribution par le partage du prix d'—, 2401. Voy. aussi t. I et II.

Administration. — de la communauté par le mari, 1015, s. — des propres de la femme, 1057, s. — des biens de la femme séparée, 1445, s. Administrateur judiciaire d'une succession bénéficiaire, 2128. Envoyés en possession des biens d'un absent, 2481, s. Voy. ACTE D'ADMINISTRATION. Voy. aussi t. I.

Adoption. Généralités, voy. t. I. Droits successoraux dérivant de l' —, 1809, 1810. Retour légal, 1897, s. Révocation des donations, 2669.

Adultère. Généralités, voy. t. I. Donations à une femme mariée, 2578.

Agent de change. Vente de valeurs dotales, 1511. Voy. aussi t. I.

Agriculture. Indivisibilité du domaine rural, 2319-2321. Voy. aussi t. I.

Aguesseau (d'). Incapacité successorale de l'enfant non conçu, 1708. Authenticité des donations, 2526. Validité des dons manuels, 2537. Institution d'enfants à naître, 2913. Abrogation des fidéicommis, 3271. Voy. aussi t. I.

Aïeuls. Voy. **Ascendants.**

Aînesse. Droit d' —, 1788. Tentative pour le restaurer, 1807. Habitude de faire un aîné, 3050. Reconnaissance d'aîné, 3159, 3161. Voy. **Majorat, Substitution.**

Algérie. Successions vacantes, 2044. Voy. aussi t. I et II.

Aliénation. — des conquêts par le mari, 1021 et 1023; par la femme autorisée de justice, 1041. — des propres de la femme, 1047. Femme séparée de biens, 1449, s. Gains personnels de la femme, 1045-6°. — du fonds dotal, 1544, s. Résolution par l'effet du partage, 2404. — par les envoyés en possession des biens d'un absent, 2483. Voy. aussi t. I et t. II.

Aliénation mentale. Voy. **Démence.**

Aliénés. Généralités. Voy. t. I. Partage des successions, 2324. Voy. aussi t. II. Voy. **Interdit.**

Aliments. Généralité, voy. t. I. Voy. OBLIGATION ALIMENTAIRE.
SPÉCIALITÉS. — dus à la veuve, 1152.

Allemagne. Régime matrimonial légal, 775. Gesammte Hand, 1016. Puissance domestique de la femme, 1099, en note. Continuation de communauté, 1148, en note. Rapport des dettes, 2300. Législation protectrice du bien de famille, 2319. Gestion des biens indivis, 2370. Authenticité des donations, 2530. Système des parentèles, 1795 *bis*. Réserve héréditaire, 3053 et 3059 *in fine*. Fondations, 3347. Certificat d'héritier, 2049, note. Voy. aussi t. I et II.

Alliance. Voy. t. I.

Améliorations. — des propres sous la communauté, 976-3° et 1282. Biens sujets

à rapport, 2282. Donation révoquée, 2655. Voy. aussi t. I et t. II.

Amendes. Entrée en communauté, 1088, 1089. Récompense à la communauté, 1288. Voy. aussi t. II.

Ameublissement. Définition, 979. Étendue, 982. Effets, 984, s. Pouvoir du mari sur les biens ameublis par la femme, 1036 et 1049. Effet sur le passif, 1126. Reprise du propre ameubli, 1240 et 1333.

Anatocisme. Voy. t. II.

Anerbenrecht. 2319.

Angleterre. Absence de réserve héréditaire, 3053.

Animaux. Voy. t. I et II.

Annulation. Voy. **Nullité.**

Antichrèse. Voy. t. II.

Appelés. Désignation, 3281. Leurs droits, 3322.

Apport. Clause d' —, 1012, s. — déclaré franc et quitte, 1138, s. Reprise des — en cas d'attribution de la communauté à l'autre époux, 1314. Reprise des — par la femme renonçante, 1385.

Apprentissage. Voy. t. I et II.

Arbitrage. Voy. t. II.

Architecte. Voy. t. II.

Arrangement de famille. 941.

Arrérages. Voy. t. I et II.

Arrhes. Voy. t. II.

Ascendant. Droits successoraux : ancien droit, 1793 ; droit actuel, 1798, 1814 1815. — donateur, 1895, s. Réserve héréditaire, 3063, s. et 3228. Partage d'—, 3348, s. Voy. aussi t. I et II.

Assemblée constituante. Voy. t. I.

Assemblée législative. Voy. **Révolution.** Voy. aussi t. I.

Assignation. Voy. t. I.

Assistance. Assistance des incapables. Généralités, voy. t. I. — du mineur dans son contrat de mariage, 788.

Assistance publique. Libéralités en faveur des pauvres, 2999, s. Voy. aussi t. I.

Association. Personnalité, voy. t. I. Contrat d' —, voy. t. II.

Associations reconnues. Effet rétroactif du décret de reconnaissance, 2920, — à capacité limitée, 2921, s. Acceptation des libéralités, 2936, s.

Associations non reconnues. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2919. Assimilation à l'enfant conçu non encore né, 2920. Charges d'hérédité établies à leur profit, 2940.

Assurance. Théorie générale, voy. t. II.

Assurance contre l'incendie. Caractère de l'indemnité sous le régime de communauté, 922-4° ; sous la communauté d'acquêts, 1007. Rapport à la succession, 2280. Déclarations de succession, 2009.

Assurances sur la vie. Communauté entre époux, 917 et 1324. Rapport des primes, 2256 *bis*. Calcul de la réserve, 3086-4°.

Astreintes. Théorie générale, voy. t. II. Spécialités, voy. t. I.

Aubaine. Droit d' —, 1728, s. et 2907. Étymologie du mot *aubain*, 1728, en note.

Aubergiste. Voy. t. II.

Augment de dot. 1467, 3205.

Aumône dotale. Voy. Dot moniale.

Authenticité. Théorie générale, voy. t. II. Voy. Acte authentique, **Notaire, Solennité.**

Autorisation. Autorisation administrative. Libéralités faites à des établissements publics, 2936, s. Fondations, 3337.

Autorisation maritale Généralités, voy. t. I. Donnée par la justice, 1050 *bis*. Aliénation des conquêts par la femme, 1041. Dettes de la femme autorisées par le mari, 1091, ou par la justice, 1101. Femme s'obligeant sans autorisation, 1104.

Autorisations diverses. Voy. t. I et II.

Autorité de la chose jugée. Généralités, voy. t. I. Condamnation en qualité d'héritier pur et simple, 2024.

Autriche. Indivisibilité du domaine rural, 2320. Voy. aussi t. II.

Avancement d'hoirie. Notion, 2212, 2218, 2259 Question du cumul, 3079. Imputation, 3098. Voy. aussi 941 et 3367.

Avantages. Avantages matrimoniaux: Réduction au cas de secondes noces, 1397, 1402, s. Action en réduction, 3088, en note. Voy. Enfant d'un autre lit, **Préciput.**

Avantages indirects. Rapport à succession, 2252, s.

Aveu. Généralités, voy. t. I et II.

Aveugle. Testament olographe, 2688. Testament authentique, 2706. Testament mystique, 2721.

Avocat. Voy. t. I et II.

Ayant cause. Voy. t. I et II,

Bail. Généralités, voy. t. II. Mari administrant les propres de sa femme, 1058. Femme séparée de biens, 1446. Voy. aussi t. I.

Beau-frère. Rédaction anticipée du contrat de mariage, 784.

Banque de France. Voy. t. I et II.

Bâtards. Ancienne incapacité successorale, 1821.

Bâtiments. Voy. t. I et II.

Belgique. Communauté d'acquêts immobiliers, 1010. Interprétation de l'art. 789, 1974. Usufruit du conjoint survivant, 1866, en note. Emploi du fidéicommis *de resi-*

duo entre conjoints, 3293, en note. Transcription des actes de partage, 2405, en note. Fondations, 3347. Voy. **Flandres.** Voy. aussi t. I et II.

Benech. Quotité disponible entre époux, 3223.

Bénéfice. — d'émolument de la femme commune en biens, 1345 et 1359, s. Séparation des patrimoines, 2181, s. — d'âge, voy t. I. – de compétence, voy. t. I. — de division et de discussion, voy. t. II.

Bénéfice d'inventaire. Origine, 2011, s. Formes et conditions de l'acceptation bénéficiaire, 2015, s. Effets du —, 2104, s. Administrateurs judiciaires, 2127 et 2142, en note. Nécessité du — pour le légataire universel, 2766 ; pour les successeurs irréguliers, 2089, s. Refusé au légataire particulier, 2798, note. Voy. Héritier bénéficiaire. Voy. aussi t. I et II.

Berry. Ancienne capacité de la femme séparée, 1449. Droit héréditaire du conjoint survivant, 1862. Institution contractuelle, 3160.

Biencourt. Fondation de —, 3345.

Biens. Généralités. Voy. t. I.

Bien de famille. Succession indivisible, 1807. Prolongation de l'indivision, 2329. Voy. aussi t. II.

Biens a venir. Sens du mot, 2601. Donation de biens à venir, 3157, s. Partages d'ascendants, 3365. Voy. aussi t. II.

Biens dotaux. Voy. **Dot.**

Biens réservés. Création et situation générale, 911 et 1045. Pouvoirs du mari et de la femme, 1045. Saisie par les créanciers, 1142 et 1143. Effet de la renonciation, 1381-4°. Régime sans communauté, 1423. Régime de séparation de biens, 1439 *bis*. Régime dotal, 1478 *bis* et 1488. Prohibition des clauses contraires, 802 *bis*. Contradiction profonde entre la loi de 1907 et le régime de communauté, 773, note, 1045-6° et 1381-4°.

Bigamie. Voy. t. I.

Billet. Voy. t. I et II. Donations déguisées sous forme de —, 2554, 2566 et 2578.

Bois. Coupes de — sous le régime de communauté, 976-1° et 1292. Voy. aussi t. I

Bonne foi. Voy. t. I et II.

Bonnes mœurs. Voy. t. I. Clauses contraires aux — dans les contrats de mariage, 797.

Bonnes œuvres. Faculté d'élire, 2744, Voy. Legs pies.

Bordeaux. Origine de la communauté d'acquêts, 1468-2° et 1684 ; statistique, 772. Communauté universelle, 991. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1468-1° et 1575. Réserve des acquêts aux enfants, 1697. Réserve héréditaire, 3054.

Bretagne. Renonciation à la communauté, 1219. Solidarité des héritiers, 2069. Démission de biens, 3352. Voy. t. I et II.

Brevet. Généralités, voy. t. II. Nullité des donations en —, 2526. Procuration à l'effet d'accepter, 2571.

Brevet d'invention. Voy. t. I et II.

Bufnoir. Preuve du mobilier propre, 1250. Voy. aussi t. II.

Bureau. Bureau de bienfaisance. Représentation des pauvres, 2999. Voy. aussi 3016-2°. Monopole, 3002, 3003 et 3336 note.

Bureau d'assistance médicale, 2999.

Cadastre. Voy. t. I et II.

Caducité. Contrat de mariage, 830 et 831. Dispositions testamentaires, 2846, s. Charges du legs caduc, 2869. Donations par contrat de mariage, 3147, 3155, 3196. Donations entre époux, 3203. Substitutions, 3328.

Caisse d'épargne. Dépôts et retraits par des femmes mariées, 1044, s. Voy. aussi t. I.

Cambacérès. Système d'administration de la communauté, 1016. Saisine du légataire universel, 2754.

Capacité. Généralités, voy. t. I. Contrat de mariage, 782, s. Femme séparée de biens, 1440 s. Femme dotale, 1586, s. Acceptation de successions, 1960. Libéralités, 2887, s. — ; voy. aussi 2848. Epoques auxquelles la — de disposer est requise, 2970, s. Voy **Incapables.** Voy. aussi t. II.

Capitalisation. Clause de —, 3044.

Captation. Ancien droit, 2881. Jurisprudence moderne, 2883, s. Voy. aussi 2965.

Cas fortuit. Voy. t. II.

Cause. Généralités, voy. t. II. Donations, 2509. Testament, 2518. — impulsive et déterminante, 2509, 3034, s. — illicite, 2518, 2943 *bis*, en note.

Caution. Généralités, voy. t. II. Fournie par l'héritier bénéficiaire, 2133 ; par le conjoint, 1948 ; par les envoyés en possession, 2470. Voy. aussi t. I.

Certificat. — d'héritier, 2049, en note. Voy. aussi t. II.

César. Texte sur les usages gaulois, 890.

Cession. — de droits successifs. Effet déclaratif, 2387 et 2396. Rescision pour lésion, 2426, 2427. Retrait successoral, 2446, s.

Cessions diverses. — d'une part éventuelle dans un prix de licitation, 2402, en note. Voy. t. II.

Charges. Libéralités avec —, 2500 et 3008, s. Caractère onéreux de la libéralité avec –, 2505 et 2587. Résolution pour inexécution des —, 2630, s. — établies au profit de personnes futures, 2916. — établies au profit d'associations non reconnues, 2940. — secrètes, 3022. — de conserver et de rendre, 3280. — non obligatoires. 3021, en note. Charges d'hérédité, 2940, 3013 et 3021, en note.

Chasse. Voy. t. I et II.

Chemins. Voy. t. I.

Chemins de fer. Voy. t. I et II.

Chénon. Calcul des parts successorales des enfants naturels, 1833, en note.

Choses. Voy. t. I et II. Legs de la — d'autrui, 2803.

Cimetière. Lieu de sépulture, 1705-9°. Voyez aussi t. I.

Citation. Voy. t. I et II.

Clause. — pénale, voy. t. II. — pénale dans les testaments, 2747. — de réversion, voy. **Réversibilité.** — d'attribution, 2407-2°. — d'inaliénabilité, 3042. Voy. **Condition.**

Clergé. Voy. t. I. Voy. **Prêtrise.**

Code. Généralités, voy. t. I.

Code sarde. Présomption Quintus Mucius, 1659. Voy. aussi t. II.

Code théodosien. Son rôle dans la formation du droit français, 2594.

Codicille. 2727. Voy. aussi 2694.

Colégataires. Accroissement, 2859.

Collatéraux. Parenté collatérale, voy. t. I. Représentation des —, 1775. Privilège du double lien, 1794, 1795, 1805, — privilégiés, 1798, s. Concours avec l'enfant naturel, 1837, s. Rapport à succession, 2207 et 2216-1° Réserve héréditaire, 3055, 3057 et 3075-3077. Concours avec des ascendants, 3065, s.

Colonage partiaire. Voy. t. I et II.

Colonies. Successions vacantes, 2044. Testament, 2723. Voy. aussi t. I.

Commandement. Voy. t. II.

Commerce. Avantage du régime de communauté, 903. Voy. aussi t. I et II.

Commettant. Voy. t. II.

Communauté conjugale. Généralités. Notion sommaire, 767. Statistique, 772. Régime légal, 773-774. Biens ayant le caractère dotal, 848. Origine historique, 889-895. Sa composition au temps des coutumes, 896. Régime normand, 899. La — hors de France, 900. Analyse de ses caractères, 901, s. Commencement, 903. Absence de personnalité, 905, 1352. Appréciation critique du régime, 907-911. Composition active : meubles, 915, s. ; immeubles, 924, s. Mobilier propre sous le régime légal, 918, s. Conquêts, 932. Immeubles propres, 935, s. Biens réservés, 1045. Remploi, 947, s. Jouissance des propres, 973, s. Ameublissement, 979. Communauté universelle, 988. Clauses d'exclusion du mobilier, 994. Réduction de la — aux acquêts, 999. Pouvoir du mari sur la — 1017, s. Pouvoirs de la femme sur les biens communs, 1038, s., 1045, 1142-1143. Administration des propres de la femme, 1046, s. Passif de la —, 1068, 1676, s. Passif personnel aux époux, 1070, s., 1082, s. Dettes des successions échues aux époux, 1109, s. Intérêts des dettes personnelles, 1122. Séparation des dettes, 1129, s. Dissolution de la —, 1144, s. Séparation de biens, 1160, s. Option ouverte à la femme, 1217. Effets de l'acceptation, 1237, s. Théorie des récompenses, 1251, s. Partage de l'actif, 1301, s. Division des créances, 1336. Règlement des créanciers, 1339, s. Effets de la renonciation, 1379, s. Protection des enfants du premier lit, 1396. Voy. **Biens réservés, Conquêts, Mari.** Voy. aussi t. I.

Spécialités. Effet déclaratif du partage des successions échues aux époux, 2409, 2410. Obstacles aux partages d'ascendant, 3366

Communauté d'acquêts, 999. Réduction aux acquêts immobiliers, 1009. Administration, 1015. Passif des successions, 1113. Passif commun, 1129-1137. Reprise du mobilier propre, 1244, s. — jointe au régime dotal, 1681, s.

Communauté légale. Cas d'application, 773 et 774. Composition active, 912, s. Mobilier propre, 918.

Communauté universelle. Généralités et composition active, 988. Passif, 1127 La — dans l'ancien droit, 896 ; en Hollande, 900.

Communautés taisibles. 894. Voy. aussi t. II.

Communautés religieuses. Voy. **Congrégations.**

Commune. Acceptation d'une libération, 2939. Ecoles congréganistes, 3044. Fondations diverses, 3335. Entretien des églises, 3335, note. Voy. aussi t. I et II.

Commune renommée. Consistance de la communauté entre époux, 1149. Reprise du mobilier propre, 1248. Voy. aussi t. II.

Comourants. Théorie générale, 1710, s.

Compensation. Théorie générale, voy. t. II. Héritier bénéficiaire, 2119.

Compromis. Généralités, voy. t. II. Femme séparée de biens, 1458. Voy. aussi t. I.

Compte. Héritier bénéficiaire, 2159, s. Exécuteur testamentaire, 2832. Libéralités de bienfaisance, 3004. Voy. aussi t. I et II.

Conception. Preuve de sa date, 1708.

Conciliation. Voy. t. I.

Concordat. Effet sur le rapport des dettes, 2305. Voy. aussi t. I et II.

Concubinage. Société de fait, 764, en note. Absence de mandat tacite, 1100 *bis*. Libéralités entre concubins, 2884 et 2943 *bis*. Personne interposée, 2988. Enfants d'un premier lit, 3241. Voy. aussi t. I et II.

Condamnation pénale. Voy. Interdit légal, **Peines perpétuelles.** Voy. aussi t. I.

Condition. Généralités, voy. t. I. Stipulation d'un régime matrimonial sous condition, 828. — potestative dans les donations, 2604, s., 3152-2°. — pris dans le sens de *charge*, 2630. — si nascatur, 2914. — si nuptiæ sequantur, 3143, 3147. Distinc-

tion de la — proprement dite et de la charge, 3007. — illicite ou immorale, 3026, s. — de viduité, 3040 ; voy. aussi 797. Écoles congréganistes, 3044. Voyez **Charges,** Legs conditionnels. Voy. aussi t. II.

Confesseur. Incapacité de recevoir, 2967.

Confirmation. Généralités, voy. t. I et t. II.

Spécialités. — impossible pour les contrats de mariage, 844. Nullité de l'aliénation du fonds dotal, 1537. Partage annulable, 2420 Partage rescindable, 2431. Donation nulle pour vice de forme, 2531, 2532 Testaments nuls, 2685. Voy. **Réhabilitation.**

Confusion. Généralités, voy. t. II. Effet du bénéfice d'inventaire, 2109, s.

Congé. Voy. t. II.

Congrégations religieuses. Incapacité des — de femmes, 2922 et 2969. Libéralités par personnes interposées, 2983, 2984 et 2989 *bis*. Loi de 1901 et présomption d'interposition, 2919. Droit de retour, 1921 *bis*. Voy. **Associations, Dispositions à titre gratuit.** Voy. aussi t. I et II.

Conjoint. Droit de succession, 1859, s. Envoi en possession, 1944. Usufruit sur les biens du — prédécédé, 1869, s. Usufruit sur des biens soumis au retour légal, 1904 *bis*. Droits du — présent en cas d'absence, 1209. Donations faites au — du successible, 2226. Personne interposée, 2988-3°. Réserve héréditaire dans quelques législations, 3053. Donations entre époux, 3198, s. Donations au second —, 3242. Voy. **Adultère, Bigamie, Mari.** Voy. aussi t. I et t. II.

Conquêts. Ancien droit, 896, 897. Droit actuel, 932-933. Immeubles ameublis, 986. Pouvoirs du mari sur les —, 1021, s. — donnés à la femme par le mari, 1026. Biens réservés, 1045-6°. Extension illégale de l'inaliénabilité dotale, 804-2°. Hypothèque sur les —, voy. t. II.

Conseil. Conseil de famille. Généralités, voy. t. I. Contrat de mariage du mineur, 786. Voy. aussi t. I.

Conseil d'État. Voy. t. I.

Conseil de tutelle. Voy. t. I.

Conseil judiciaire. Généralités, voy. t. I. Voy. **Prodigue.**

Consentement. Voy. t. I et II.

Consolidation. Voy. t. I et II.

Constitut possessoire. Voy. t. I.

Constructions. Voy. t. I et II.

Continuation. — de communauté dans l'ancien droit, 1148 ; en cas d'absence, 1209. — de la personne du défunt par l'héritier, 1940.

Contrat. Théorie générale, voy. t. I et t. II. Règles diverses, voy. t. II.

Contrat de mariage. Généralités, Observation, 763. Définition, 776. Personnes qui y sont parties, 779. Porte-fort, 781. Capacité requise, 782, s. — du mineur, 785, s. — du prodigue, 791. Liberté des conventions, 795, s. ; clauses prohibées, 797, s. Mélange des régimes, 803. Forme solennelle du —, 805. Frais, 808. Publicité, 809, s. Immutabilité, 813, s. Contre-lettres, 819, s. Caducité, 830. Rétroactivité, 832 et 833. Nullités, 834, s. Exécution des — nuls, 844-845. Règlement des frais, 808. Notaire en second, 807. Donations par —, 3141, s. Voy. **Dot, Régime matrimonial.**

Spécialités. Soumission au régime dotal. 1479. Biens donnés à la femme par —, 1489, s. Donations faites par un mineur, 2895. Clauses relatives aux biens réservés, 1045-14°.

Contre-lettres. Dans les contrats de mariage, 819, s. Pour les généralités, voy. t. II.

Contribution. — aux dettes entre époux, 1354, s. — de la femme aux charges du ménage, 1045-14°, 1431, s., 1663. — aux dettes entre héritiers, 2093, s.

Convention. Conventions matrimoniales. Voy. **Contrat de mariage, Régime matrimonial.**

Convention nationale. Enfants naturels, 1822. Voy. **Révolution.** Voy. aussi t. I.

Conversion. — de l'usufruit du conjoint en rente viagère, 1880. Voy. Titres nominatifs. Voy. aussi t. I et II.

Copartageant. Voy. t. II.

Copie. Voy. t. II.

Copropriété. Voy. t. I.

Corps certain. Voy. t. II.

Correction. Voy. t. I.

Cotuteur. Voy. t. I et II.

Cour de cassation. Voy. t. I et II.

Courtage matrimonial. Voy. t. I.

Coutumes. Références aux — dans les contrats de mariage, 802. — hostiles à la représentation, 1763. — souchères et — de simple côté, 1791. — d'égalité et — de préciput, 2207. — d'option, 2207-2°. Voy. aussi t. I.

Créance. Généralités, voy. t. I et II. Application de l'art. 883, 2398, s. Dissolution d'une communauté conjugale, 1336.

Créancier. Généralités, voy. t. I et II. Action en divorce, voy. t. I. Retrait d'indivision, 968. Effet de la clause de séparation des dettes, 1133. Déclaration de franc et quitte, 1141. Droits des — de la femme et du mari en matière de séparation de biens, 1191, s. Droit de poursuite contre la communauté, 1339. s. ; sur les biens réservés, 1142, 1143. — personnels et — communs, 1352. Effet du bénéfice d'émolument, 1365 et 1371. — d'une femme séparée de biens, 1457. Droit des — d'une femme dotale, 1585, s. Effets de l'insaisis-

sabilité de la dot, 1596, s. Présence à l'inventaire, 2020. Droits contre les héritiers du débiteur, 2067, s. Poursuites par parts viriles, 2073. Poursuites contre l'héritier bénéficiaire, 2124. Paiement par l'héritier bénéficiaire, 2142, s. Droit sur le rapport des dons et legs, 2240-2242. Effet de la convention d'indivision, 2327. Conflit avec les cohéritiers en cas de rapport en moins prenant, 2401. Opposition à partage, 2433, s. Préférence des — sur les légataires, 2797. Exercice de l'action en réduction, 3105. — d'une personne grevée de substitution, 3318. Voy. ACTION PAULIENNE, BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, **Dettes, Hypothèque,** SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Crédit. Voy. t. II.
CRÉDIT FONCIER. Voy. t. I et II.

Crue. 2272 et 2360, note.

Culte. Entretien et réparation des églises. 3335, en note Voy. t. I et II. Voy. **Confesseur, Ministre du culte.**

Cumul. Question du —, 3079, s. Prohibition du — des deux quotités disponibles, 3260.

Curateur. Généralités, voy. t. I Successions vacantes, 2041, s. Remplacement de l'héritier bénéficiaire, 2127. Voy. aussi t. II

Date. Généralités, t. I. et II. Testament olographe, 2690, s., 2697. Surcharge, 2694.
DATE CERTAINE Obligations de la femme antérieures au mariage sous la communauté, 1079. Comp. 1131. Sous le régime dotal, 1598 et 1668. Obligations du mari, 1079 et 1348. Opposition à partage, 2440.

Dation en paiement. Généralités, voy. t. II. Règlement de la dot, 1496.

Décès. Généralités, voy. t. I. Ouverture des successions, 1702. Preuve du — d'un ascendant en cas de mariage, voy. t. I.

Déchéance. Bénéfice d'inventaire, 2022 et 2166.

Déclaration. — de succession, 2066 *ter*. — d'utilité publique, voy. **Reconnaissance.**

Déconfiture. Voy. t. II.

Décret volontaire. 1594.

De cujus. Sens du mot —, 1698.

Déguerpissement. Voy. t. II.

Déguisement. Voy. DONATION DÉGUISÉE.

Délai. Généralités, voy. t. II. — donné à l'héritier pour délibérer, 1961, s. Femme commune en biens, 1222, 1227, s.

Délaissement. Voy. t. II.

Délégation. Théorie générale, voy. t II. — aux créanciers hypothécaires par l'héritier bénéficiaire, 2143.

Délit. Généralités, voy. t. II. Obligations délictuelles d'une femme mariée sous le régime de communauté, 1150; sous le régime dotal, 1604, s. Caractère du recel, 2003. Voy. **Fraude, Incapables, Obligation.**

Délivrance. LEGS. Notion générale, 2735, 2800, 2801. Legs universels, 2760.
VENTE. Voy. t. II.

Démence. Généralités, voy. t. I. Libéralités faites en état de —, 2873, s.

Demeure. Voy, t. II.

Démission de biens. 3352. Voy. aussi t. I.

Demolombe. Contrat de mariage du prodigue, 841. Interprétation de l'art. 789, 1973. Voy. aussi t. I.

Département. Successions des enfants assistés, 1925-2°. Acceptation des libéralités, 2939. Fondations, 3335. Voy. aussi t. I et II.

Dépopulation. Projet Toutée, 1807, en note.

Déportés. 1869.

Dépôt. Théorie générale, voy. t. II. Voy. CAISSE D'ÉPARGNE.

Désaveu. Voy. t. I.

Deshérence. Successions en —, 1922, s. Comparaison avec les successions vacantes, 2036. Effet de l'exhérédation, 2746 *bis*. Voy. aussi t. I.

Désistement. En matière de divorce, voy. t. I.

Dessaisine. Voy. t. I.

Dessaisissement. Voy. t. II.

Destination. Voy. t. I.

Détenteur. Voy. t. II.

Detention. Voy. t. I.

Détraction. Droit de —, 1728.

Dettes. Rapport des —, 2298, s. Paiement des — de l'héritier par le défunt, 2256. Déduction des — dans les déclarations de succession, 2066 *bis*. Voy. **Obligations, Passif.** Voy. aussi t. II.
DETTES DE COMMUNAUTÉ. Distinction des — communes et des — personnelles aux époux, 1067, s. Passif de communauté sous le régime légal, 1076, s. Passif personnel au mari, 1082. Passif personnel de la femme, 1083 et 1142-1143. — contractées au cours du mariage par le mari, 1086; par la femme, 1090. — grevant les successions échues aux époux, 1109, s. Intérêts des dettes personnelles, 1122. Clauses extensives du passif commun, 1125, s. Clause de séparation des dettes, 1129, s. Déclaration de franc et quitte, 1138. — relatives à un propre, 1282 et 1355 Droit de poursuite des créanciers après la dissolution de la communauté, 1339, s.
DETTES ET CHARGES DES DONATIONS. Obligation du donataire, 2588. Convention obligeant le donataire à les payer, 2607, s.
DETTES ET CHARGES DES SUCCESSIONS. Obligation de l'héritier pur et simple,

2061, s. Définition, 2062. Déduction des dettes pour l'enregistrement, 2066 *bis*. Répartition du passif entre les héritiers, 2067, s. Modifications conventionnelles, 2075. — indivisibles, 2078; — hypothécaires, 2079. Droit de poursuite ultra vires, 2085, s. Contribution définitive entre héritiers, 2093, s. Effet du bénéfice d'inventaire, 2102, s. Condition des envoyés en possession, 2487 et 2494. Obligations du légataire universel, 2765, s.; du légataire à titre universel, 2777; du légataire particulier, 2798. Déduction des — pour la réduction des dons et legs, 3093. Obligations de l'institué contractuel, 3185. Envoyés en possession définitive, 2494. Voy. **Legs.**

Deuil. Droit de la veuve, 1151 et 1656.

Dispense. — de rapport, 2227, s.; voy. aussi 2222.

Dispositions à titre gratuit. Plan, 2496. Textes anciens, 2497. Bibliographie, 2498. Leur nombre actuel, 2499. Double mode d'emploi, 2500. Règles communes aux donations et aux testaments, 2871, s. Incapacité de donner ou de recevoir, 2887, s. Liberté d'esprit du disposant, 2873, s. Charges, 3006, s. Libéralités faites aux pauvres, 2990 Conditions illicites ou immorales, 3026. Voy. **Donation, Fondations, Legs, Quotité disponible, Testament.** Voy. aussi t. I et II.

Distribution par contribution. Voy. t. II.

Divertissement. 2001.

Divorce. Dissolution rétroactive de la communauté, 1156-1158. Renonciation à la communauté, 1231. Voy. aussi t. I et II.

Doctorat. Rapport des frais de —, 2265.

Dol. Généralités, voy. t. I et II. Renonciation à la communauté, 1235. Acceptation ou répudiation de succession, 1979. Donations et testaments, 2880, s.

Domaines (Administration des). Successions en déshérence, 1922.

Domaine congéable. Voy. t. I et II.

Domaine direct. Domaine utile. Voy. t. I.

Domestiques. Legs rémunératoires, 1004, en note. Voy. aussi t. I et II.

Dommage. Voy. t. II.

Dommages-intérêts. Voy. t. II.

Domicile. Voy. t. I.

Don manuel. Bibliographie, 2534. Définition, 2535. Validité, 2536-2537. Eléments, 2540. Pactes adjoints, 2542. Preuve, 2543. Rapport à succession, 2251. — aux établissements publics, 2941. — par personne interposée, 2981. Prohibition des — anonymes, 2938 *in fine*.

Don mutuel. 3205.

Donation. Généralités. Bibliographie. 2498. Définition, 2501. Gratuité, 2504, s. Irrévocabilité. 2508, s. Cause, 2509. Solennité, 2510 et 2523. Forme notariée, 2525, s. Donations non solennelles, 2533, s. État estimatif, 2556, s. Acceptation, 2562. Obligations du donateur, 2580. Obligations du donataire, 2585. Transfert de la propriété, 2589, s. Irrévocabilité des —, 2592, s. — de sommes payables au décès du donateur, 2603. — sous condition potestative, 2604, s. Charge de payer les dettes du donateur, 2607, s. Réserve du droit de disposer, 2610. Réserve d'usufruit, 2612, s. Retour conventionnel, 2615. Causes de révocation des —, 2628, s. Inexécution des charges, 2630. — sujettes à rapport, 2246, s. Ingratitude, 2639. Liberté d'esprit du disposant, 2873, s. Incapacité de l'enfant naturel, 2947. Époques auxquelles la capacité est requise, 2971. Ordre de réduction, 3106, 3109. Voy. **Disposition à titre gratuit, Quotité disponible.**

Spécialités. Immeubles donnés à un époux commun en biens, 938; aux deux époux conjointement, 940. — des conquêts interdite au mari, 1023, s. Concours de la femme dans les — faites par le mari, 1040. Femme séparée de biens, 1454. Donation faite sur les revenus, 2260, 2264, 3088, Voy. **Réduction.** Voy. aussi t. I et II.

Donation a cause de mort. Nature, 2519. Disparition, 2521. État actuel du droit, 2522. Bibliographie, 2522 *bis*. Inconvénient du droit moderne, 2964, en note.

Donation de biens à venir. Prohibition générale, 2599, s. Bibliographie, 3157. Définition, 3158. Histoire, 3160. État actuel, 3165, s. — cumulative de biens présents et à venir, 3190, s. Voy. Donation entre époux. Voy. aussi t. I.

Donation déguisée. Définition, 2552. Validité, 2553. Billets cachant une —, 2554. Moyen de fraude, 2981 et 2983. Acceptation, 2566 et 2578. Réduction, 3088. Dispense tacite de rapport, 2230 et 2250. Prohibée entre époux, 3216 et 3254, s.

Donation entre époux. Théorie générale, 3198, s. Révocation, 3217, s.

Donation indirecte. Définition, 2546. — entre époux, 3253. Rapport à succession, 2252, s.

Donation mutuelle. Notion générale, 2507. Rapport à succession, 2249. — entre époux, 3215.

Donation onéreuse. Notion, 2505. Voy. aussi 2500. Obligation du donataire, 2587. Dons manuels aux personnes morales, 2542. Gratuité de la donation, 3009. Rapport à succession, 2248.

Donation par contrat de mariage. Théorie générale, 3141, s. Donations de biens présents, 3154. Donations de biens à venir, 3157, s, — entre futurs époux, 3198, s. Faites par un mineur, 789 et 796. Effet en cas de caducité du contrat, 842.

Donation rémunératoire. Notion, 2506. Interposition de personnes, 2989. Rapport à succession, 2248. Faites à un médecin, 2966. Voy. aussi t. II, n° 345.

Dot. Généralités. Définition, 847 et 849. Existence sous les différents régimes, 848. Caractère facultatif pour les parents,

852. Nature de la —, 854. Constitution de la —, 855, s. Paiement de la —, 863, s. Intérêts, 865 et 866. Garantie due aux époux, 867, s. — sous forme de rente, 871, s. Rapport de la —, 875, s. Clauses relatives au rapport de la —, 878. Action Paulienne, 883, s. Cas de récompense à la communauté, 1290.

Régime dotal. Constitution de la — sous le régime dotal, 1485, s. Preuve de l'apport de la —, 1643, s. Dangers de l'inaliénabilité, 809 et 1472 ; son origine, 1466. Insuffisance de protection, 1476. Énumération des biens dotaux, 1484, s. Biens donnés en paiement de la —, 1496-1°. Deniers dotaux non soumis à emploi, 1496 et 1670, s. Réserve de l'administration des biens dotaux par la femme, 1521. Inaliénabilité des immeubles dotaux, 1522, s. Reconnaissance de la — sur les biens du mari, 1558 *bis*. Purge de l'inaliénabilité, 1594. Péril de la dot, 1615. Administration par la femme après la séparation de biens, 1617, s. Restitution de la dot, 1642, s. Saisie des revenus, 1519 et 1630. Gains personnels de la femme, 1488.

Dot mobilière. Bibliographie, 1573. Origines de son inaliénabilité, 1574, s. Système actuel, 1579, s. Clause de remploi, 1510. Responsabilité des agents de change, des villes et des sociétés, 1511. Effet de la séparation de biens, 1627. Représentation de la — par des paraphernaux ou dot incluse, 1670, s. Dotalité subsidiaire, 1671. Voy. **Créanciers, Fonds dotal, Inaliénabilité, Régime dotal. Remploi, Revenus.** Voy. aussi t. I et II.

Dot moniale. Caractère onéreux, 3009. Voy. aussi t. II, n° 2135.

Douaire. Origine, 891. Notion sommaire, 1866, en note. Voy. aussi 2809, en note, et 3205.

Double lien. 1794, 1795, 1804.

Droit. Généralités, voy. t. I.

Droit fiscal. Voy. **Enregistrement, Lods et ventes.**

Droits. Généralités, voy. t. I et II.

Droit d'ainesse. Voy. **Aînesse.**

Droit d'aubaine. Voy. **Aubaine.**

Droits d'auteur. Solution fâcheuse en cas de communauté, 917-5°. Conjoint survivant, 1869-1°. Don d'un manuscrit inédit, 2539, en note. Pour les généralités, voy. t. I.

Droits de mutation. Fraudes contre l'enregistrement dans les constitutions de dot, 854. Rentes réversibles, 874. Recouvrables sur les biens dotaux, 1612. Conversion de l'usufruit du conjoint, 1885-2°. Réforme des — par décès, 2066 *bis*. Adjudication au profit de l'héritier bénéficiaire, 2116. Perception des — sur les partages, 2407, 2408 ; voy. aussi 2393 et 3356. Sur les biens d'un absent dévolus à ses héritiers, 2476. Sur les charges d'hérédité, 3014. Retrait successoral, 2459. Dons et legs charitables, 3005 *bis*. Évaluation de l'usufruit, 3107 et 3262, en note. Voy. aussi t. I et II. Fondations universitaires, 3335, en note.

Droit de poursuite. Définition, 2093. Voy. aussi 1339 et 1354.

Droit de rétention. Héritier sujet à rapport, 2283.

Droit de tester. 2514 et 3050.

Droit de transcription. Héritier bénéficiaire, 2117.

Droits litigieux. Voy. t. II.

Droits successifs. Voy. t. II.

Dumoulin. Négation du droit de la femme dans la communauté, 898, en note, et 903, en note. Limite des pouvoirs du mari sur les propres de sa femme, 1360. Caractère déclaratif du partage, 2372, s. Voy. aussi t. I et II.

Eaux. Voy. t. I.

Échange. Théorie générale, t. II. Immeubles propres sous la communauté, 943, s. — du bien dotal, 1492 et 1564-7°.

École. École congréganiste, Condition illicite dans les libéralités, 3045. Voy. aussi t. II.

École protestante, 3336, note.

Écrit. Voy. t. I et II.

Édifice. Voy. t. I.

Édit. — des secondes noces, 1399, s. — des mères, 1786.

Effet déclaratif. — du partage, 2367, s.

Effets de commerce. Donation par voie d'endossement, 2552. Voy. aussi t. I et II.

Effets mobiliers. Voy. t. I et II.

Église. Fondations charitables, 3336. Voy. Bonnes œuvres, **Culte, Séparation.** Voy. aussi t. I.

Émolument. Bénéfice d' — de la femme, 1359, s.

Emphytéose. Voy. t. I et II. Biens dotaux, 1527.

Employé. Voy. t. II.

Emprunt. Fonds dotal, 1611. Voy. aussi t. I et II.

Enchères. Voy. t. II.

Endossement. Donation déguisée, 2553, *in fine*. Voy. t. II.

Enfant. Enfant doté, 856. Établissement d'un — par le mari sous la communauté, 1031. Établissement sous le régime dotal, 1561-1563. Aptitude à succéder avant la naissance, 1707. Droits successoraux, 1792, 1807. Survenance d' —, 2657. Enfant non encore conçu, 2911, s. Voy. **Exhérédation, Mineur, Réserve.** Voy. aussi t. I et II.

Enfant adoptif. Droits successoraux, 1809-1810. Prédécès de l' —, 1897, 1898, Obstacle au retour légal, 1902. Réserve héréditaire, 3058.

Enfant adultérin. Privé de tout droit héréditaire, 1844, s. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2957.

Enfant assisté. 1925-2°.

Enfant d'un autre lit. Établissement par le mari, 1032. Constitution de dot, 1290. Protection contre les effets de la communauté, 1396, s. Aliénation du fonds dotal, 1561. Donations au second conjoint, 3235. Partage d'ascendant, 3361.

Enfant illégitime. Voy. Enfant naturel.

Enfant incestueux. Aliments, 1844, s. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2957.

Enfant légitime. Droits successoraux, 1807, s. Réserve héréditaire, 3058, s.

Enfant légitimé. Institution contractuelle, 3171.

Enfant le moins prenant. 3243.

Enfant naturel. Bibliographie, 1820 *bis*. Ses droits successoraux, 1821, s. Dévolution de sa succession, 1850, s. Obstacle au retour légal, 1902. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2944. Réserve héréditaire, 3070.

Engagement militaire. Voy. t. I.

Enquête. Voy. t. I et II.

Enlèvement. Voy. **Rapt.**

Enregistrement. (Régie.) Généralités, voy. t. II. Contrat de mariage, 808. Fraudes dans les constitutions de dot, 854. Rentes dotales réversibles, 874. Partage inégal de la communauté, 1319 et 1320. Usufruit du conjoint survivant, 1885. Théorie des parts acquises, 2407, 2408. Partage d'ascendants, 3356. Liquidation des reprises de la femme, 1278. Voy. Droit de mutation. Voy. aussi t. I.

Enregistrement des actes. Règles applicables aux legs, 2737. Voy. Date certaine.

Enrichissement sans cause. Voy. t. II.

Entrepreneur. Voy. t. I et II.

Entreprise. Voy. t. II.

Envoi en possession. Successions. Théorie générale, 1944, s. Légataire universel, 2756, s.

Biens d'un absent. Envoi provisoire, 2466, s. Envoi définitif, 2491, s. Voy. aussi t. I.

Épaves. Voy. t. I.

Époux. Présence dans leur contrat de mariage, 780. Publication de leur contrat de mariage, 809, s. Effet de l'immutabilité des conventions matrimoniales, 816. Contribution aux dettes, 1354, s. Créances de l'un des — contre l'autre, 1376. Entravés par l'inaliénabilité dotale, 1475. Donations entre époux, 3197. Quotité disponible, 3225, s. Voy. **Bigamie, Conjoint, Femme, Mari, Puissance maritale, Régime matrimonial, Séparation de corps.** Voy. aussi t. I et II.

Erreur. Théorie générale. Voy. t. I et t. II. Acceptation et répudiation de succession, 1981. Donations et testaments, 2879.

Escroquerie. Voy. t. II.

Espagne. Indivisibilité du domaine rural, 2321. Limitation des dons manuels, 2538. Réserve héréditaire des enfants, 3053. Voy. aussi t. I.

Estimation. — du mobilier valant vente à la communauté, 998-2°. Sous le régime dotal, 1505-2°.

Établissement. — des enfants au moyen du fonds dotal, 1561 et 1563. Comp. 1031. Rapport à succession, 2247. Voy. aussi t. I.

Établissements publics ou d'utilité publique. Capacité de recevoir, 2930. Voy. aussi 2923. Autorisation d'accepter des libéralités, 2936, s. Dons manuels, 2941. Libéralités antérieures à la reconnaissance, 2920. Fondations, 3336, s. Voy. aussi t. I et II.

Étang. Voy. t. I.

État. (Civitas.) Successions en déshérence, 1922, s. Successeur irrégulier, 1782. Son obligation aux dettes, 1923 et 2089. Envoi en possession, 1944. Acceptation des libéralités, 2940. Fondations, 3335. Voy. t. I et II.

État. (Écrit.) — des dettes, 2588, 2609.

Etat estimatif. Motifs de son institution, 2556. Forme, 2557. Sanction, 2561. Utilité, 2560, 2272. Donations entre époux, 3212. Voy. aussi t. II.

Étranger. Régime légal des — mariés en France, 774. Capacité de succéder, 1728. — décédé en France, 1924. Témoins dans les testaments, 2709. Testaments faits en France, 2687 *bis*. Ancienne incapacité de tester, 2907. Ancienne incapacité de recevoir, 2929. Sens particulier du mot —, 3228, en note.

Éviction. Voy. t. II.

Exception. Généralités, voy. t. II. — dilatoire de la femme commune en biens, 1222. — de garantie de l'acquéreur d'un immeuble dotal, 1534. — dilatoire de l'héritier, 1961, 1965, s. Héritier bénéficiaire, 2118, s. Voy. aussi t. I.

Excuses. Voy. t. I.

Exécuteur testamentaire. Théorie générale, 2812, s. Saisine du mobilier, 2816, s.

Exhérédation. Enfants. Son usage dans l'ancien droit, 1734 et 3051. Sa suppression, 1735. Voy. aussi t. I.

Héritiers ordinaires. — restreinte, 2746, — générale, 2746 *bis*. — employée comme clause pénale, 2747 et 3039.

Exigibilité. Voy. t. II.

Expéditions. Voy. t. II.

Expertise. Voy. t. II.

Exponse. Voy. t. I et II.

Expromission. Voy. t. II.

Expropriation. Remploi de l'indemnité sous le régime dotal, 1495-4°. — du fonds dotal, 1566. Voy. aussi t. I et II.

Fabrique d'église. Voy. **Église.** Voy. aussi t. I.

Faculté. — d'élire, 2741, s. Comp. 3016. Voy. aussi t. I.

Faible d'esprit. Voy, t. I.

Faillite. Voy. t. I et II.

Fait. Voy. t. II.

Famille. Legs à la —, 2738. Voy. aussi t. I.

Faute. Voy. t. II.

Faux. Généralités, voy. t. II. Fauses date d'un testament, 2697. Testament falsifié, 2687. Voy. aussi t. I.

Féminisme. Bibliographie, 1045-2°. Voy. aussi t. I.

Femme mariée. Généralités, voy. t. I. Dépôts dans les caisses d'épargne, 1044. — instituée contractuellement par son mari, 3198. Voy. **Dot, Inaliénabilité, Incapables.** Voy. aussi t. I et II.

Femme commune en biens. Sa situation subordonnée, 898. Garanties qui lui sont accordées, 1037, 1045. Protection de ses gains, 911, 1045. Retrait d'indivision, 965. Pouvoirs de la — sur la communauté, 1038, s. Dettes antérieures au mariage, 1083, s. Dettes contractées pendant le mariage, 1090, s. Femme mandataire du mari, 1098, s. — obligée solidairement avec son mari, 1094. — agissant sans autorisation, 1104, s. Actions en reprise de la —, 1272, s. Bénéfice d'émolument, 1345 et 1359, s. Action en partage, 2335. Voy. Biens réservés. **Communauté, Renonciation.**

Femme dotale. Fraudes permises par le régime dotal, 809-811 et 1474. Effet de l'inaliénabilité dotale, 1524. Incapacité de s'obliger sur ses biens dotaux, 1585 à 1613 ; sur sa dot mobilière, 1581, s. Effet de la séparation de biens, 1629, s. Biens réservés, 1478 *bis* et 1488. Voy. **Inaliénabilité,** Régime dotal.

Femme commerçante. Effet des obligations de la —, 1107-1108, Voy. t. I et II.

Femme séparée de biens. Capacité, 1439.

Femme séparée de corps. Voy. t. I.

Femme séparée de fait, 1462 *bis*.

Fente. — entre les deux lignes, 1790, 1799, s. Refente, 1790 et 1805. Voy. aussi 1838 et 1856.

Féodalité. Voy. t. I.

Fermage. Voy. t. I et II.

Fermier. Voy. t. II.

Fiançailles. Généralités, voy. t. I. Contrats dits *de fiançailles*, 781.

Fidéicommis. Validité des — en général, 3013, en note. — exprès ou tacite dans les libéralités faites par personne interposée, 2985. — sous Auguste, 3267. — graduels dans l'ancien droit, 3268, s. — non obligatoire, 3292. Comp. 3021-2°. — de residuo, 3293. Voy. **Charge, Substitution.**

Filiation. Voy. t. I.

Fin de non-recevoir. Action en réduction, 3131. Voy. aussi t. I et II.

Fisc. Voy. **Enregistrement.** Voy. aussi t. II.

Flandres. Communauté universelle, 896 et 991. Capacité de la femme séparée, 1449.

Fleuve. Voy. t. I.

Folie. Voy. t. I.

Fondations. Bibliographie, 3330. Définition, 3331. Procédés possibles, 3332. — attribuée à un établissement préexistant, 3334. — par donation entre vifs, 3342. — par testament, 3343 ; voy. aussi 3347. Fondations pieuses sous l'ancien droit, 2942. Objet illicite, 3338. Système allemand, 3347. Fonctionnement par l'intermédiaire d'une société civile, 3345 *in fine*. Exemples particuliers, 3345 et 3347, note. Droit fiscal, 3005 *bis*. Voy. **Établissement,** Legs pies Voy. aussi t. I.

Fonds dotal. Inaliénabilité, 1522, s. Imprescriptibilité, 1549, s. Cas où il est aliénable, 1544, s. Faculté de l'hypothéquer, 1546-1547. Aliénation permise au mari, 1549 Insaisissabilité, 1588, s. Prescription après la séparation de biens, 1631, s. Effets de la société d'acquêts, 1689. Emprunts sur le —, 1611. Voy. **Dot,** Régime dotal. Voy. aussi t. II.

Fonds de commerce. Réservé au survivant dans la communauté conjugale, 1249, *in fine*, et 1333-3°. Voy. aussi t. I et II.

Fonds de terre. Voy. t. I.

Fongibilité. Voy. t. I.

Force exécutoire. Voy. t. II.

Force majeure. Voy. t. II.

Force probante. Voy. t. I et II.

Forêt. Voy. t. I.

Forfait. — de communauté, 1312 et 1347. Voy. aussi 1364. Voy. aussi t. II.

Frais. — funéraires, 2028, en note ; 2062. Contrat de mariage, 808. Partage de communauté, 1337. Séparation de biens, 1613. — d'entretien et d'éducation, 2265. — de noces, 2266. Voy. aussi t. II.

Français. Régime légal des — mariés à l'étranger, 774, Testament fait à l'étranger, 2726. Voy. aussi t. I.

France. Évaluation de la richesse publique, 1701 *bis*.

Fraude. — du mari dans l'administration de la communauté, 1022 et 1189. En matière de partage, 2433 et la note. — dans les libéralités faites aux incapables, 2981, s. — en matière de successions, 2066 *bis*. Voy. aussi t. I et II.

Frères et sœurs. Représentation des —, 1774. Voy. aussi 1836. Concours avec les père et mère, 1798, 1811-1813. Usufruit

dont ils sont grevés, 1814. Partage égal entre —, 1807. — légitimes de l'enfant naturel, 1858. Concours avec les ascendants réservataires, 3067. Substitutions permises, 3301.

Frères et sœurs naturels. Droits successoraux, 1855.

Fruits. Généralités, t. I. — d'une communauté dissoute, 1300. Règle spéciale au régime dotal, 1650. Succession dévolue à un absent, 1721-3°. Restitués dans la pétition d'hérédité, 2051, s. Questions relatives au rapport des dons, 2259-2261. Partage provisionnel, 2346. Droits des envoyés en possession, 2489, 2490. Résolution des donations, 2635 et 2675. Révocation pour ingratitude, 2656. Droits du légataire universel, 2763 ; du légataire à titre universel, 2775; du légataire particulier, 2786. Action, en réduction, 3113, 3122, 3128. Voy. aussi t. II.

Funérailles. 1705.

Futaie. Voy. t. I.

Gage. Voy. t. II.

Gain. Protection due à la femme commune en biens, 911 et 1045. Travail des époux sous la communauté d'acquêts, 1004. — fortuits, 1006. — de la femme sous le régime dotal, 1488. Voy. Biens réservés.

Gains de survie. Cas de la séparation de biens, 1185. Ancienne importance des —, 1866. Voy. **Augment, Douaire, Préciput.**

Garantie. Généralités, voy. t. II. En matière de dot, 867, s. En matière de partage, 2411, s. En matière de donations, 2581.

Garde. Voy. t. I.

Gaulois. Coutumes matrimoniales, 890

Généalogies. 2049. Généalogistes, 2050 *bis*.

Genre. Voy. t. I et II.

Gestion d'affaire. Généralités, t. II. Analyse du remploi, 959.

Gibier. Voy. t. I et II.

Gide (Paul). Réforme du régime dotal, 1475. Voy. aussi t. I.

Glanville. Origine de la maxime « Donner et retenir ne vaut », 2593, en note. Institution d'héritier, 2728.

Grenoble. Ancienne formule du régime dotal, 1480. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1575.

Grevé. 3282. Effet de sa mort, 3283. Ses droits, 3317.

Grève. Voy. t. II.

Grosse. Voy. t. II.

Grundbuch. Voy. t. I et II.

Guerre. Voy. t. I et II.

Habitation. Droit de la veuve, 1151, 1656 et 1695. Droit réel d' —, voy. t. I et II.

Habitations a bon marché. Dérogations diverses au droit commun successoral, 2326, 2329 et 2363.

Hérédité. Pétition d' —, 2045, s. Jacence de l' —, 1026 et 1940, en note. Voy. **Succession.**

Héritier. Définition des — légitimes 1780 *bis*, s. Terminologie variable de la loi, 1784. Saisine, 1783, 1933, s. Option après l'ouverture de la succession, 1953, s. Divers ordres d'— : ancien droit, 1792, s. ; droit actuel, 1796, s. Nature du droit de l'enfant naturel, 1828. — anomal, 1918. — naturels, 1934. Obligation aux dettes, 1939, 2061, s. — continuateur de la personne du défunt, 1940. Acceptation par un — mineur ou interdit, 1957, 2016. Preuve de la parenté avec le défunt, 2049. — absent, 1729, s. et 2057. Situation de l'héritier pur et simple quant au passif, 2061, s. Parts viriles et parts héréditaires, 2072 et 2073. Ancienne solidarité des —, 2069. Obligation aux dettes ultra vires, 2087, s. Rapport des dons et legs, 2205, s. Rapport des dettes, 2298, s. Retrait successoral, 2450, s. Institution d' —, 2727, s. Voy. **Exhérédation, Option, Renonciation, Saisine, Successeur irrégulier, Succession.** Voy. aussi t. I et II.

Héritier apparent. 2054, s.

Héritier bénéficiaire. Conditions du bénéfice, 2015, s. Avantages attachés à son bénéfice, 2104. Cas où ses biens peuvent être saisis, 2108. Droit de transcription, 2117. Liquidation de la succession, 2121, s. Faculté d'abandon, 2137. Déchéance de son bénéfice, 2166. Recours pour ses créances personnelles, 2099. Compte à rendre, 2159. Rapport à la succession, 2216-3°. Voy. aussi t. II.

Héritier institué. Voy. **Institution, Legs universel.**

Héritier réservataire. Qui est —, 3058, s. Frais des legs, 2736. Concours avec des légataires universels ou à titre universel, 2768, 2781. Saisine des exécuteurs testamentaires, 2819. Danger des ventes à fonds perdu, 3052. Action en réduction, 3104. — sujet à réduction, 3124.

Hollande. Substitutions, 3276 *bis*.

Homologation. Partage judiciaire, 2364. Voy. aussi t. I et II.

Homestead. Voy, t. II.

Homicide. Voy. t. II.

Hospice. Succession des pauvres et des enfants, 1925. Représentation des pauvres, 2999. Spécialité, 3336, en note. Voy. aussi t. I.

Hospital (Michel de l'). Édit des secondes noces, 1399.

Hôtelier. Voy. t. et II.

Hypothèque. Généralités, voy. t. II. Poursuite indivisible contre les héritiers, 2079. Paiement par l'héritier bénéficiaire, 2143, s. Résolution de l'— par l'effet du

partage : ancien droit, 2373 ; droit actuel, 2402. Conflit avec les cohéritiers en cas de licitation et de rapport en moins prenant, 2401. — sur les conquêts après le partage de la communauté, 1357 *bis*. Voy. aussi t. I.

HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES. — sur des immeubles ameublis, 986-1°.

HYPOTHÈQUES GÉNÉRALES. Effet de la mort du débiteur, 2066.

HYPOTHÈQUES LÉGALES. 1° *Femme mariée*. Réduction par contrat de mariage, 789 *in fine*. Incessibilité de l'— de la femme dotale, 1584. Voy. aussi 1696. Survie possible en cas de retour conventionnel, 2623. Révocation des donations, 2635 et 2673. Substitution permise, 3321. Institution contractuelle, 3698.

2° *Légataire particulier*. Existence de l'—, 2793. Indivisibilité, 2796. Comparaison avec la séparation des patrimoines, 2794. Franchise de la part des réservataires, 3047.

HYPOTHÈQUE MARITIME. Échappe à l'effet déclaratif du partage, 2403.

Iles et îlots. Voy. t. I.

Immeuble. Généralités, t. I. — propres sous le régime de communauté, 924, s. et biens dotaux, 1484, s. Rapport à succession, 2275, s. Voy. **Inaliénabilité, Insaisissabilité.** Voy. aussi t. II.

Immobilisation. Voy. t. I et II.

Immutabilité. Conventions matrimoniales, 813, s.

Impenses. Règlement des — dans le rapport à succession, 2282. Voy. aussi t. I et II.

Impôt. — progressif sur les successions, 2066 *bis*.

Imprescriptibilité. Immeubles dotaux, 1539, s. Effet de la séparation de biens, 1634 et 1638. Action en partage, 2338. Voy. aussi t. I et II.

Impuberté. Voy. t. I.

Impuissance. Voy. t. I.

Imputation. Libéralités faites au conjoint, 1877, s.; faites à des étrangers, 3097 ; à un successible renonçant, 3098 ; à un héritier acceptant, 3101. Avantages faits au second conjoint, 3097. Relation de l'— avec la question du cumul, 3082, en note, Voy. aussi t. II.

Inaliénabilité. GÉNÉRALITÉS. Voy. t. I. DOT. Origine de l'— de la dot, 1466. Supprimée dans le ressort du Parlement de Paris, 1470. Motif de l'art. 1543, 1498. Nature et effets de l'— des immeubles dotaux, 1522, s. Manière de la purger, 1594. — de la dot mobilière, 1573, s. Aliénation de valeurs dotales à charge de remploi, 1510 et 1511. L'— après la séparation de biens, 1625. Extension de l'— aux paraphernaux, 1665. Extension de l'— dotale aux autres régimes, 804. Fraudes contre les tiers, 809. Loi du 10 juillet 1850, 810-811.

PROPRIÉTÉ. Conditions d'— dans les libéralités, 3042.

Inamovibilité. Voy. t. I.

Incapable. GÉNÉRALITÉS. Voy. t. I et t. II. — de succéder, 1724, s. Voy. aussi 1709. Effet du recel, 2007. Voy. ASSOCIATIONS NON AUTORISÉES, **Capacité, Inaliénabilité, Interdit, Mineur, Obligation, Peines perpétuelles, Saisie, Tuteur.**

FEMME MARIÉE. Principe, voy. t. I. Incapacité contractuelle, 798 et 804-1°. Femme séparée de biens, 1441, s. Biens réservés, 1045. Effet de l'inaliénabilité dotale, 1524, s. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1581, s. Obligations d'une femme dotale, 1585 à 1613. Effet de la séparation de biens, 1629, s. Donations faites par une —, 2902. Capacité de tester, 2903. Acceptation des libéralités, 2933.

Incarcération. Voy. t. I.

Incendie. Voy. t. II.

Incessibilité. Voy. t. II.

Incinération. 1705-4°.

Incompétence. Voy. t. I.

Indemnité. Propre sous le régime de communauté, 922-4°. Sous la communauté d'acquêts, 1007. Remploi d'— sous le régime dotal, 1495-4° et 5° et 1496-5°. Rapport à succession de diverses —, 2280-2281. Voy. aussi t. I et II.

Indice. Voy. t. I et II.

Indignité. Définition, 1731, Origines, 1733. Causes, 1737. Effets, 1749. Calcul de la réserve, 3061. Voy. aussi t. I.

Individualité. Voy. t. I et II.

Indivisibilité. Saisine, 1935, note. Révocation des donations, 2631 *bis*. Voy. t. I. et II.

Indivision. Généralités, voy. t. I. Communauté entre époux, 905, 1352. Acquisition de parts indivises sous la communauté, 963. Retrait d'indivision, 965. Nécessité du partage, 2323, s. Convention d'—, 2326. Effet déclaratif des conventions mettant fin à l'indivision, 2392, s. Legs d'une chose indivise, 2807 ; comp. 1035. Voy. aussi t. II.

Indu. Époux ayant payé au delà de sa part, 1349, s. Voy. aussi t. II.

Industrie. Voy. **Gain, Travail.** Voy. aussi t. I et II.

Infirmités. Voy. t. I.

Ingratitude. Révocation des donations, 2637, s. Cas d'—, 2641, s. Action en révocation, 2647. Effets, 2652, s. Donations par contrat de mariage, 3149. Donations entre époux, 3200.

Inhumation. 1705. Voy. aussi t. II.

Injure. Révocation des donations, 2641, 2644. — à la mémoire du donateur, 2645. Voy. aussi t. I.

Insaisissabilité. Généralités, voy. t. II. Revenus dotaux entre les mains du mari, 1519. — des biens dotaux, 1588, s. — des revenus de la dot, 1519 et 1630. Voy. aussi t. I.

Insanité d'esprit. Voy. **Démence.**

Inscription. — hypothécaire, voy. t. II. Séparation des patrimoines, 2177. Inscriptions de faux, voy. t. I et II.

Insolvabilité. Voy. **Déconfiture, Faillite.** Voy. aussi t. II.

Insinuation. Voy. t. I et II.

Instituteur. Voy. t. II.

Instruction. Voy. t. I.

Institution. INSTITUTION D'HÉRITIER. Ancien droit, 2727, 2728. Droit actuel, 2729, 2766.

INSTITUTION CONTRACTUELLE. Théorie générale, 3157, s. Hypothèque légale de la femme mariée, 3198.

Interdit. Généralités, voy. t. I.

INTERDIT JUDICIAIRE. Contrat de mariage, 794. Séparation de biens, 1199. Bénéfice d'inventaire, 1957 et 2016. Partage, 2331 : Donations et testaments, 2898. Acceptation des libéralités, 2930. Voy. aussi t. II.

INTERDIT LÉGAL. Contrat de mariage, 794. Incapacité de disposer, 2906. Voy **Peines perpétuelles.** Voy. aussi t. I et II.

Intérêt (part d'associé). Voy. t. I et II.

Intérêt (revenu). — de la dot, 865-866. — des récompenses dues aux époux, 1265. — des récompenses dues à la communauté, 1298. Reprises de la femme renonçante, 1395. Restitution de la dot, 1650, s.

Interligne. Testament olographe, 2688.

Interposition. Voy. PERSONNE INTERPOSÉE.

Interprétation. Testament, 2748. Lois, voy. t. I. Contrats, voy. t. II ; 1181.

Interruption de prescription. Voy. t. I et II.

Interversion de titre. Voy. t. I.

Intitulé d'inventaire. 2049.

Inventaire. 1° COMMUNAUTÉ. Nécessaire en cas de séparation des dettes et sous la communauté d'acquêts, 1133. Après la mort de l'un des époux, 1146, s. Utilité pour la faculté de renoncer. 1228-1229. Reprise du mobilier propre, 1246, s. Bénéfice d'émolument de la femme, 1368, s. Utilité sous le régime de la séparation, 1430.

2° SUBSTITUTIONS PERMISES. 3309.

3° SUCCESSIONS. Successeurs irréguliers, 1945. Acceptation bénéficiaire, 2017, s. Partage judiciaire, 2356. Exécuteurs testamentaires, 2823.

4° TUTEUR. Voy. t. I.

5° USUFRUITIER. Voy. t. I.

Irrévocabilité. Donations entre vifs, 2508 et 2592, s. Dérogations, 3151. Donations entre époux, 3217, s.

Irrigation. Voy. t. I.

Italie. Prohibition de la communauté conjugale, 900. Causes d'indignité, 1745. Suppression de la fente dans les successions, 1801, en note. Suppression de l'effet résolutoire du rapport, 2277, en note. Rapport des dettes, 2300. Effet déclaratif du partage, 2370. Fixation de la réserve des enfants, 3059 *in fine*. Prohibition des substitutions, 3276 *bis*. Voy. aussi t. I et II.

Ivresse. Voy. t. I et II.

Japon. Voy. t. I.

Jean V. Ordonnance de 1420, 1219.

Jeu. Voy. t. II.

Jouissance. Voy. t. I.

JOUISSANCE LÉGALE. Voy. t. I.

Juge. Voy. t. II.

JUGE DE PAIX. Funérailles, 1705-7°. Voy. t. I et II.

Jugement. Voy. t. I et II.

Juridiction gracieuse. 1572-3° et 2757. Voy. t. II.

Jurisconsultes. Voy. t. I.

Jurisprudence. CAS REMARQUABLES.

1° *Régimes matrimoniaux.* Contrat de mariage du prodigue et du faible d'esprit, 791. Nullité absolue du contrat de mariage des incapables, 838. Caractère onéreux de la constitution de dot, 884-885. Reprise du mobilier propre, 1249. Nature des reprises de la femme, 1276. Capacité de la femme séparée de biens, 1453 et 1456. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1509 et 1577, s. Délits et fautes de la femme sous le régime dotal, 1604, s. Prescription du fonds dotal, 1634. Représentation de la dot par des paraphernaux, 1670, s.

2° *Successions.* Indignité, 1746. Successions anomales, 1914. Impossibilité de renoncer par contrat de mariage au retour légal de l'ascendant donateur, 1904 *bis*. Prescription de la qualité d'héritier, 1974. Héritier apparent, 2060. Division des dettes entre les diverses espèces de successeurs, 2084. Remplacement de l'héritier bénéficiaire par un curateur, 2127. Rapport des donations prises sur les revenus, 2264. Extension du rapport des dettes, 2313. Application de l'art. 883, 2380, s.

3° *Dons et legs.* Donations déguisées, 2553. Nullité de l'acceptation des libéralités faites aux incapables, 2576. Paiement des dettes par le légataire universel, 2766. Legs d'usufruit, 2811. Distribution des fondations en faveur des pauvres, 3003. Interprétation de l'art. 900. 3032. Enfants renonçants, 3061. Question de cumul, 3079. Tendance favorable aux substitutions, 3290. Voy. aussi t. I et II.

Juste titre. Voy. t. I.

Justice. Voy. **Jugement, Tribunaux.**

Juventien (S. C.). Sa suppression, 2052.

Labbé. Analyse du remploi, 959. Voy. aussi t. II.

Lais et relais. Voy. t. I.

Langue étrangère. Testament authentique, 2708.

Lapins. Voy. I et II.

Laurent. Voy. t. I.

Laurière. Origine de la saisine, 1932. Voy. aussi t. I.

Légalisation. Voy. t. I et II.

Légataire. Incapacité d'être témoin du testament, 2711. Désignation douteuse, 2738, s. Désignation par un tiers, 2741, s. Prédécès du —, 2847. — ingrat, 2854, s. — conjoints, 2862. Manœuvres dolosives, 2885. Clauses de déchéance, 2841. Capacité, 2978, s. Charges à remplir du vivant du testateur, 3011. Capitalisation obligatoire des revenus, 3043 *bis*. Droit de demander le rapport, 2237, 3087. Droit aux tombeaux, 2366 *bis*, en note. Voy. aussi t. I et II. Voy. **Legs.**

Légitimation. Généralités, voy. t. I. Révocation des donations, 2668.

Légitime. 3054-3055.

Légitimité. Voy. t. I.

Legs. Généralités. Définition et étymologie, 2513. Les trois sortes de —, 2730. Effet translatif de propriété, 2731, Legs conditionnel, 2732, 2784 et 2847. Acceptation, 2731. Délivrance, 2735. Frais, 2736, 2737. Faculté d'élire, 2741. Liberté d'esprit du disposant, 2873, s. Obligation de payer les — ultra vires, 2791 ; voy. aussi 1985. Paiement des légataires par l'héritier bénéficiaire, 2145, s. Droit d'opposition, 2148. Recours des créanciers contre les légataires, 2156. Préférence des créanciers sur les légataires, 2186. Séparation des patrimoines, 2172. Rapport des legs, 2212, 2238, 2269. Paiement par l'exécuteur testamentaire, 2826. Révocation des — par le testateur, 2838, s. ; par justice, 2852, s. Caducité, 2846, s. Accroissement, 2859, s. — d'un conquêt par le mari, 1033, s. ; par la femme, 1042, s. Effet des — particuliers sur la division du passif, 2074 et 2080, s. Capacité de l'enfant naturel, 2948. Ordre de réduction des —, 3106, s. Voy. **Fidéicommis, Légataire, Quotité disponible, Testament.** Voy. aussi t. I.

Legs universel. Définition, 2750. Concours de plusieurs légataires universels, 2752. Saisine, 2754. Envoi en possession, 2756, s. Délivrance, 2760. Droit aux fruits, 2763. Paiement des dettes, 2765. Paiement des legs, 2768, s. Accroissement, 2865. Effet des substitutions prohibées, 3289. — annulé comme frauduleux, 2981, note. Voy. aussi 3023 et 3024.

Legs a titre universel. Origine récente, 2770. Caractères, 2771. Liste, 2772. Délivrance, 2774. Droit aux fruits, 2775. Paiement des dettes, 2777. Paiement des legs particuliers, 2779, s. Accroissement, 2865.

Legs particulier. Définition, 2783. Droit du légataire, 2784, s. Action hypothécaire, 2792, s. Obligations du légataire, 2798, s. Legs de la chose d'autrui, 2803. Legs de choses indivises, 2807, s. Obligation de payer les — ultra vires, 2791. Accroissement, 2864.

Legs de libération. 2787.

Legs et usufruit. Controverse sur leur nature, 2809, s. Accroissement, 2866.

Legs avec charges, 3010, 3013, s.

Legs conditionnel, Acquisition de la propriété, 2732-2733. Caducité, 2847. Capacité, 2980. — remplaçant les substitutions prohibées, 3295.

Legs pie. Généralités, 2995. Voy. aussi 2991. Faculté d'élire, 2744. Voy. **Fondations, Pauvres.**

Legs secret, 3022.

Legs verbal. Voy. t. II.

Le Play. Ses idées sur la liberté de tester, 3050.

Lésion. Acceptation ou répudiation de succession, 1982, s. Partage, 2421, s. Partage d'ascendant, 3386. Voy. aussi t. I et II.

Lettres. Lettre de change. Voy. t. II.

Lettres royaux. Bénéfice d'inventaire, 2014. Voy. aussi t. I et II.

Lettre missive. Testament fait sous la forme de —, 2693-2°. Voy. aussi t. I et II.

Lex commissoria. Voy. t. II.

Libéralité. Voy. **Dispositions à titre gratuit.**

Licitation. 2339. Effet déclaratif, 2374, s. et 2383, s., 2392. Parts acquises, 2407-2408. Voy. aussi t. I et II.

Ligne. Généralités, voy. t. I. Partage entre les deux —, 1803. Voy. aussi 1838. Dévolution d'une — à l'autre, 1819.

Linges et hardes. Femme commune, 1381-1°. Femme dotale, 1649.

Liquidation judiciaire. Voy. t. II.

Livres. Livres de commerce. Voy. t. II.

Livres domestiques. Voy. t. I et II.

Livre foncier. Voy. t. I et II.

Livret. Voy. t. II.

Locataire. Voy. t. I et II.

Lods et ventes. 2374, 2376.

Loi. Généralités, voy. t. I.

Loi de nivôse. Voy. **Nivôse.**

Loi julia. De fundo dotali, 1466, 1470 et 1574.

Loi quintus mucius, 1425 et 1659,

Loi ripuaire. Origine de la communauté, 892, 894.

Lot. Droit de la communauté d'acquêts. 1006. Formation des — dans le partage judiciaire, 2363. Tirage au sort, 2365. Partages d'ascendant, 3371. Voy aussi t. I.

Louage. Louage de choses. Généralités, voy. t. II. Voy. **Bail.**

Louage de travail. Généralités, voy. t. II.

Loyers. — payés d'avance, sous la com-

munauté d'acquêts, 1003 ; pour les propres de la femme, 1060. Voy. aussi t. I et II.

Lyon. Suppression de l'inaliénabilité dotale, 1470 et 1664.

Magasins généraux. Voy. t. II.

Mainmorte. Incapacité des associations non reconnues, 2918, s. Autorisations d'accepter données aux personnes fictives, 2936. Système de l'édit de 1749, 2942. Voy. aussi t. I.

Maire. Représentation légale des pauvres, 2998. Voy. aussi t. I.

Majorats. 3274. Voy. aussi t. I.

Majorité. Voy. t. I et II.

Mandat. Généralités, voy. t. II. — tacite de la femme mariée, 1099, s. Voy. aussi t. I, nos 958 et 960. Rédaction d'un contrat de mariage, 780. Dons manuels, 2341. Pouvoir d'accepter une donation, 2571. Exécuteur testamentaire, 2812, s.

Maladie. Voy. t. I et II.

Manière d'acquérir. Voy. t. I.

Manuscrit. Don manuel, 2539, en note.

Marais. Voy. t. I et II.

Mari. Intangibilité de ses pouvoirs sur la communauté, 800. Caractère onéreux de la dot, 850, 854, 887. Garantie de la dot, 869. Ses anciens pouvoirs sur la communauté, 897 et 1018. Ses pouvoirs actuels, 1020, s. Administration des propres de la femme, 1057, s. Exercice des actions appartenant à la femme, 1062, s. Dettes antérieures au mariage, 1082. Dettes contractées pendant le mariage, 1086, s. — emprisonné pour dettes, 1102 et 1564-1°. Amendes prononcées contre le —, 1088 et 1288. Administration des biens de la femme séparée, 1461, s. et 1661. Saisie des gains ou salaires du — par la femme, 1437-2°. Pouvoirs du — sur les immeubles dotaux, 1503, s. ; sur les meubles dotaux, 1580, s. Partage provisionnel, 2345-3°. — médecin, 2966. Voy. **Femme.** Voy. aussi t. I et II.

Mariage. Voy. t. I.

Marin. Voy. t. I et II.

Matériaux. Voy. t. I.

Maternité. Voy. t. I.

Médecin. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2962.

Mer. Voy. t. I.

Mère. Constitution de dot, 829. Droits successoraux, 1814, s., 1817. — naturelle, 1851, s.

Messes. Fondation de —, 3331. Charge d'un legs, 3010.

Messidor. Loi de —, voy. t. II.

Métayage. Voy. t. II.

Meubles. Généralités, voy. t. I. Succession aux — et acquêts, 1790. — meublants faisant partie de la dot, 1851 et 1676. Voy. **Mobilier.**

Meurtre. Cause d'indignité, 1738. Voy. aussi 1743.

Militaire. Prime de remplacement, 2257. Paye —, 2258. Volontariat, 2265. Voy. aussi t. I.

Mines. Voy. t. I et II.

Mineur. Généralités, voy. t. I. Contrat de mariage, 784, 785, s., 834-838. Effet du recel, 1329. Bénéfice d'inventaire, 1957 et 2016. Partage des successions, 2331, 2332. Moyen d'éviter le partage judiciaire, 2352. Donations ordinaires, 2890. Testament, 2892. Donations par contrat de mariage, 2895. Acceptation des libéralités, 2934. Dispositions relatives aux obsèques, 1705-7°. Voy. aussi t. II.

Ministère public. Biens dotaux, 1567. Partage judiciaire, 2364. Voy. t. I et II.

Ministre du culte. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2967.

Minorité. Voy. t. I. Voy. aussi **Mineur.**

Minute. Voy. t. II.

Mise en demeure. Voy. t. II.

Mitoyenneté. Généralités, t. I. Voy. aussi t. II.

Mobilier. — des époux sous le régime de communauté, 915, s. Exclu de la communauté par le donateur, 920, par les époux, 994, s. — futur, 995. Aliénation, 1048. Preuve pour la reprise du — propre, 1244. Aliénation par une femme séparée, 1451. Aliénation du — dotal par le mari, 1509, s. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1573, s. Insaisissabilité des meubles dotaux, 1581. Aliénation du — paraphernal par la femme, 1667. Vente par l'héritier bénéficiaire, 2130, s. Rapport des meubles, 2270, s. Acquisition par la communauté légale, 2410. Legs du —, 2772 et 2801-3°. État estimatif dans les donations mobilières, 2556. Substitutions, 3310. Voy. aussi t. I et II.

Mobilisation du sol. Voy. t. II.

Modalité. Généralités, voy. t. I et II. Contrat de mariage, 827-828.

Modus. — en matière de donations, 2505, note.

Mohatra. Voy. t. II.

Monnaie. Voy. t. II.

Mont-de-piété. Voy. t. I et II.

Morale. Voy. t. I et II.

Mort. Mort civile. Ouverture des successions, 1702. Incapacité de succéder, 1726. Voy. aussi t. I.

Mort naturelle. Ouverture des successions, 1702. Voy. **Décès, Funérailles, Sépulture.**

Mortgage. Voy. t. II.

Muet. Voy. **Sourd-Muet.**

Mutation. Successions, 2066 *bis*. Voy. t. I et II.

Naissance. Voy. t. I.

Nantissement. Sûreté réelle, voy. t. II. Pays de —, voy. t. I.

Napoléon. Erreur sur la nature des donations, 2501. Substitutions, 3272. Majorats, 3274. Voy. aussi t. I.

Natalité. Voy. t. I.

Nationalité. Voy. t. I.

Navire. Voy. t. I et II.

Nivôse (Loi de). Généralités, 1795 et la note. Rapport à la succession, 2208. Donations entre époux, 3206. Quotité disponible, 3056 et 3226. Voy. aussi la table des textes. Voy. aussi t. I, 69.

Noblesse. Voy. t. I.

Noces. Frais de —, 2266.
Noces (secondes). Généralités, voy. t. I. Protection des enfants du premier lit, 1396, s. 3235, s. Édit des —, 1399, s. 3237, s.

Nom. Voy. t. I.

Non-présent. Partage des successions, 2336. Voy aussi t. I.

Non-usage. Voy. t. I.

Normandie. Emploi actuel du régime dotal, 772. Utilité du contrat de mariage, 778. Contrats de mariage sous seings privés, 805. Ancien régime matrimonial, 899. Réduction de la communauté aux acquêts immobiliers, 1010. Communauté universelle. 991. Conjoint survivant, 1862 en note. Personnes non encore conçues, 1708. Effet déclaratif du partage, 2382, en note. Dévolution des propres dans l'ancien droit, 1791-3°.

Notaire. Généralités, voy. t. II. Honoraires des contrats de mariage, 808. Certificat de contrat de mariage, 810. Rédaction des contre-lettres, 822. Donations entre vifs, 2510 et 2525, s. Testament authentique, 2700, s. Responsabilité en matière de testaments, 2712 *bis* et 2786 ; en matière de remplois dotaux, 1556 ; en matière de contrat de mariage, 841 ; en matière de transmissions successorales, 2049, en note. Testament mystique, 2717. Stipulation au nom de personnes futures, 2912. Voy. Acte notarié, **Inventaire.** Voy. aussi t. I et II.
Notaire en second. Contrats de mariage, 807. Donations, 2527, 3141, 3212. Révocation de donation, 3242. Testament authentique, 2700. Suppression du — dans les actes ordinaires, voy. t. II.

Notification. Voy. t. II.

Novation. Voy. t. II.

Novelle. Novelle 115, 1733. Novelle 118, 1785.

Nue propriété. Voy. t. I.

Nullité. Théorie générale, t. I et II. — du contrat de mariage, 834, s. ; des clauses du contrat de mariage portant atteinte à la puissance du mari, 798, 799. — de la donation d'un conquêt par le mari, 1027, s. — de l'aliénation d'un immeuble dotal, 1529, s. et 1553, s. ; voy. aussi 1633, s. — de l'option de l'héritier, 1978, s. — du partage, 2419. Acceptation des donations, 2574. Donations nulles en la forme, 2531 et 2561. — des testaments, 2684. Donations à un syndicat, 2921 ; à un établissement public incompétent, 2923 ; à une concubine, 2943 *bis* ; à un enfant naturel, 2953 ; à un enfant adultérin, 2958 ; à un médecin, 2965. Substitutions prohibées, 3286.

Objet. Voy. t. I et II.

Obligation. Théorie générale. Voy. t. I et II.
Spécialités. — naturelle des parents de doter leurs enfants, 853. Femme séparée de biens, 1439 *bis*, 1456, s. — d'une femme dotale, 1585, s. Voy. **Délits, Dettes, Quasi-délits.**
Obligation alimentaire. Théorie générale, t. I. Enfant naturel reconnu par le mari pendant le mariage, 1088. Enfants incestueux ou adultérins, 1845, s. Obligation du donataire, 2646.

Obsèques. 1705-6°, s.

Occupation. Manière d'acquérir, voy. t. I. — temporaire, voy. t. II.

Office. Généralités, voy. t. I. Communauté entre époux, 917-4°. Reprise de l'—, 1249 *in fine* et 1333. Voy. aussi t. II.

Officier. Officier de l'état civil. Généralités, voy. t. I. Publicité du contrat de mariage, 810. Voy. aussi t. II.
Officier de marine. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2968.
Officier militaire. Voy. t. II.
Officier public. Voy. t. I et II.

Offre. Généralités, voy. t. I et II. Acceptation et retrait d'une — de donation, 2562-2570
Offres réelles. Voy. t. II.

Opposition. En matière de successions bénéficiaires, 2147, s. — au partage faite par des créanciers, 2436, s. Voy. aussi t. II.

Option. — de la femme commune en biens, 1217, s. — des héritiers de la femme, 1220, 1221 et 1331. — du successible appelé à l'hérédité, 1953, s. Délais pour délibérer, 1961, s. Annulation et rescision, 1978, s. Conditions illicites, 3039. Institué contractuel, 3182, 3193, s.

Ordonnance. — d'envoi en possession, 2757. Voy. **Permis de citer.**

Ordonnances royales. Voy. t. I.

Ordre. — d'héritiers, 1796, s. — successif, 3283. Billet à —, voy. t. II.
Ordre (Procédure d'). Généralités, voy. t. II. Deniers dotaux, 1594, en note.

Ordre public. Voy. t. I.
Ordres sacrés. Voy. t. I.
Ordres religieux. Voy. t. I.

Organisation judiciaire. Voy. t. I.

Orphelinat. 3336, note.

Ouverture. — d'une succession, 1701, 1702 ; biens d'un absent, 2463. — du testament olographe, 2695. — du testament mystique, 2723. Substitutions, 3283, 3322. — de crédit, voy. t. II.

Ouvrier. Protection de la femme ouvrière, 911 et 1045. Voy. aussi t. I et II.

Pacte. — sur successions futures prohibé dans les contrats de mariage, 801 et 1904 *bis*. — adjoint à un don manuel, 2542. Voy. aussi t. II.

Paiement. Voy. t. II.

Papiers domestiques. Transmission héréditaire, 2366. Voy. t. I et II.

Paraphernaux. Définition, 1657. La paraphernalité est la règle, 1657. Présomption Quintus Mucius, 1659. Gestion des —, 1660 ; s. Aliénation, 1664, s. Saisie, 1668. — représentant la dot mobilière, 1670, s. Effet de la stipulation d'une société d'acquêts, 1690. Placement d'économies faites sur les revenus dotaux après la séparation, 1621. Voy. Régime dotal.

Parenté. Généralités, voy. t. I. Preuve de la — à l'effet de succéder, 1701. Voy. **Ligne.**

Parentèles. 1795 *bis*.

Parents. Généralités, voy. t. I. — non obligés de doter leurs enfants, 852-853. Voy. **Mère, Père.** Voy. aussi t. II.
Parents naturels. Droits successoraux, 1851, s. Voy. Enfants naturels.

Pari. Jeu et —, voy. t. II.

Paris. Ville de —, voy. t. II. Coutume de —, voy. t. I.

Parlements. Capacité de la femme séparée, 1440. Modifications diverses du régime dotal, 1468-1470. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1575. Effet déclaratif du partage, 2373, 2377. Hostilité contre l'édit des mères, 1786. Conjoint survivant, 1862. Voy. aussi t. I.

Part (*Partus*). Voy. t. I.

Part (*Portio*). — viriles, 2073. — acquises, 2376 et 2407-2°.

Partage. Successions. Définition, 2316. Importance de ses règles, 2318. Action en partage, 2322, s. Convention d'indivision, 2326. Capacité requise pour le —, 2330, s. Imprescriptibilité de l'action, 2338. — définitif et — provisionnel, 2344. Formes du —, 2349, s. Inconvénients du — judiciaire, 2352. — amiable, 2353. — judiciaire, 2355, s. Effet déclaratif, 2367, s. Convention usitée au profit des créanciers hypothécaires, 2402, en note. Annulation et rescision, 2418, s. — par souches, 1778, 1808. Questions fiscales, 2407, 2408. Garantie entre copartageants, 2411, s. Exercice de l'action en — sous le régime dotal, 1514. — fait sans écrit, 2354. — des biens d'un absent entre les envoyés en possession, 2479. Voy. aussi t. I et II.
Communauté. — de l'actif, 1301, s. Parts inégales, 1311 et 1346. Attribution de toute la communauté à l'un des époux, 1313. Formes du —, 1333. Effet déclaratif, 1336. Conventions relatives aux dettes, 1358. Biens réservés, 1045.
Spécialités. Caractère propre ou commun des biens attribués à l'époux héritier, 936 et 2409. Successions mobilières échues à la femme, 1056 ; échues à une femme séparée, 1448.
Partage d'ascendant. Bibliographie, 3348. Définition, 3349. Conditions et formes, 3353. Effets, 3374. Partages conjonctifs, 3370 et 3397. Rescision, 3383.

Partie. Voy. t. I.

Passage. Voy. t. I.

Passif. — provisoire et — définitif de la communauté, 1283. Règlement du — de communauté, 1338. Division de plein droit du — héréditaire entre les héritiers, 2068. Bases de sa répartition, 2066-2074. Déduction du —, 2066 *bis*. Voy. Bénéfice d'inventaire, **Dettes.**

Paternité. Voy. t. I.

Patrimoine. Voy. t. I et II.

Patron. Voy. t. II.

Paulette. Voy. t. I.

Paulienne (Action). Voy. t. II.

Pauvres. Libéralités faites aux —, 2990, s. Voy. **Fondations.**

Pays. Pays de coutume. Origine et formation de la communauté entre époux, 891-899. Représentation successorale, 1763. Système successoral, 1787, s. Douaire, 1866, en note. Retour successoral, 1892. Bénéfice d'inventaire, 2014. Rapport à succession, 2207. Caractère du legs universel, 2728. Légitime et réserve, 3055. Donations cumulatives, 3190. Voy. aussi t. I.
Pays de droit écrit. Régime dotal, 772 et 1465. Usage de la séparation de biens, 1477. Système successoral, 1785, 1786. Retour légal, 1891. Bénéfice d'inventaire, 2013. Rapport à succession, 2206. Édit des mères, 1786. Absence de testament olographe, 2686. Institution d'héritier, 2727. Règle catonienne, 2978. Légitime, 3054. Donations cumulatives, 3190. Voy. aussi t. I.
Pays de nantissement. Voy. t. II.

Pêche. Voy. t. I et II.

Peines perpétuelles. Incapacité de disposer à titre gratuit, 2904, s. Incapacité de recevoir, 2917.

Pension alimentaire. Voy. Obligation alimentaire. Voy. aussi t. I.

Père. Constitution de dot, 853, 855, s.

Droits successoraux, 1814 s., 1817. — naturel, 1851, s. Avantages préciputaires aux enfants, 2210. Rapport d'une donation de biens communs, 2233. Voy. **Parents.** Voy. aussi t. I et II.

Péremption. Voy. t. II.

Permis. — d'inhumer, 1705-1° et 2°.

Personnalité. Voy. t. I et II.

Personne. Généralités, voy. t. I.
Personnes incertaines. Ancienne incapacité de recevoir, 2924, s. Capacité des pauvres, 2992. Charges des legs, 3020. Voy. aussi t. II.
Personne interposée. Anciennes présomptions légales, 2221-2226. Dispense tacite de rapport, 2231 et 2250. Libéralités à des incapables faites par —, 2981, s. Comparaison avec la libéralité avec charges, 3015, s. Donation entre époux, 3254.
Personnes fictives. Généralités, voy. t. I. Absence de personnalité de la communauté conjugale, 905 et 1352. Extinction, 1703. Dons manuels avec charges, 2542, note. Donations et legs à des hameaux non pourvus de personnalité, 2918 *bis*, en note. Capacité de recevoir, 2920, 2921, s. Spécialité, 2923. Acceptation des libéralités, 2936, s. Prétendue personnalité des pauvres, 2993. Substitutions prohibées, 3285. Voy. **Association, Établissement.** Voy. aussi t. II.
Personnes futures. Incapacité successorale de l'enfant non conçu, 1709. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2911. Possibilité de faire bénéficier les — d'une charge, 2916, 3016, 3020. Institution contractuelle, 3170. Voy. aussi t. II.

Perte. — d'une chose, voy. t. I et II. — d'un testament, 2680 et 2843-3°.

Pétition d'hérédité. Théorie générale, 2045, s. Héritier apparent, 2054. Légataire universel, 2764.

Pharmacien. Voy. t. II.

Pigeons. Voy. t. I.

Pignoratif. Contrat —, voy. t. II.

Placement. Capacité de la femme séparée, 1459. — par une femme dotale séparée de biens, 1619 et 1658-2°. Voy. aussi t. I et II.

Plantations. Voy. t. I.

Poissons. Voy. t. I.

Police. Voy. t. I.
Police d'assurance. Voy. t. II.

Pollicitation. Voy. t. II.

Porte-fort. Généralités, voy. t. II. Rédaction du contrat de mariage, 781.

Portraits. Entrée en communauté, 919. Transmission héréditaire, 2366.

Possesseurs. Voy. t. I et II.

Possession. Voy. t. I.

Pothier. Opinion sur la saisine, 1938, en note. Voy. aussi t. I.

Pouvoir. Voy. t. I.

Précarité. Voy. t. I.

Préciput. Conventions matrimoniales. Définition, 1302. Objet, 1305. Nature, 1307. Voy. aussi t. I.
Libéralités. Legs préciputaires, 2212-2213 et 2232. Donations préciputaires, 2227, s. Imputation, 3101.
Ancien droit. Portion avantageuse sur les biens nobles, 1788.

Prélèvement. Exercice des récompenses dues aux époux, 1251, s. Caractère anormal des — en nature, 1266, — dans le rapport en moins prenant, 2268 et 2273.

Préliminaire. — de conciliation, voy. **Conciliation.**

Prénotation. Voy. t. I.

Prescription. Prescription acquisitive. Généralités, t. I. Fonds dotal, 1637, s. Voy. aussi t. II.
Prescription extinctive. Généralités, t. II. Aliénation d'un immeuble dotal, 1538 et 1633. s. Droit d'option de l'héritier, 1971, s. Action en partage, 2339, s. Action en garantie des copartageants, 2417. Action en résolution des donations, 2636. Révocation par ingratitude, 2650. Donation révoquée par survenance d'enfant, 2676. Action en réduction, 3132. Partage d'ascendant, 3389, 3396. Voy. **Imprescriptibilité.**

Présentation. Voy. t. I.

Présents d'usage. Rapport à succession, 2267. Voy. aussi t. I.

Président. Ouverture des testaments olographe et mystique, 2694 et 2723. Envoi en possession du légataire universel, 2756, s.

Présomption. Généralités, voy. t. I et II. Paiement de la dot, 864. — en faveur de la communauté, 914 et 1242. Réception de la dot par le mari, 1645. Commorientes, 1710, s. — Quintus Mucius, 1659. — d'interposition de personne, 2919, 2987, 2989 *bis* et 3259. — de gratuité dans les ventes aux successibles, 3089.

Prêt. Voy. t. II.

Prête-nom. Voy. t. II.

Prêtrise. Voy. **Ministre du culte.** Voy. aussi t. I.

Preuve. Généralités, voy. t. I et II. — de la réception de la dot par le mari, 1644. — de la parenté, 2049. — de la date de la conception; 1708. — des dons manuels, 2548. — de l'interposition de personne, 2986. — des biens réservés à la femme, 1045-10°. — de la cause illicite dans les libéralités à une concubine. 2943 *bis*, et note; dans les testaments, 2518; dans les donations aux enfants naturels, 2945 et 2959. Voy. **Présomption.**
Preuve littérale. Don manuel, 2543. Voy. Lettre missive.

Prime. Rapport de la — de remplace-

ment militaire, 2257 ; des — d'une assurance sur la vie, 2256 *bis*. — d'assurance, voy. t. II.

Privilège. Généralités, voy. t. II. Séparation des patrimoines, 2177, s. Effet du rapport des dettes, 2310. Effet variable de la licitation, 2385.

PRIVILÈGES SUCCESSORAUX. Masculinité, 1788. Double lien, 1794, 1795, 1804.

Prix. Voy. t. II.

Procuration. Donation entre vifs, 2529. Acceptation de donation, 2571. Voy. aussi t. I.

Prodigue. Généralités, voy. t. I. Contrat de mariage du —, 791, s. Partage des successions, 2333. Donations, 2900. Testament, 2901. Acceptation des libéralités, 2931. Voy. aussi t. II.

Produits. Généralités, voy. t. I. — non périodiques sous le régime de communauté, 923 et 998-3°.

Profession religieuse. 1702, en note. Voy. **Vœux monastiques.** Voy. aussi t. I.

Promesse. Généralités. voy. t. II. — de payer cachant une donation, 2503 et 2554, — d'égalité, 3188. — de mariage, voy. t. I.

Propres. COMMUNAUTÉ. — mobiliers sous le régime légal, 918. — immobiliers antérieurs au mariage, 925-926 ; — immobiliers postérieurs au mariage, 931, s. — Jouissance des — appartenant à la communauté, 973. Plus value des —, 1005. Stipulation de — pour le mobilier, 994. — fictifs, 996. Administration des — 1046, s. Reprise des — après acceptation, 1239, s. Déclarés inaliénables, 804-1°. Dettes relatives à un —, 1282. Vente d'un — à rente viagère, 1260-2°. — viager, 1294.

SUCCESSIONS. Dévolution des — dans l'ancien droit, 1789 et 1791. Voy. aussi 1793.

Propriété. GÉNÉRALITÉS, voy. t. I. Voy. aussi t. II.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, voy. DROITS D'AUTEUR.

Protestants. Voy. t. I.

Puberté. Voy. t. I.

Publication. Voy. t. I.

Publicité. Contrat de mariage, 809, s. Séparation de biens, 1175 et 1179. Rétablissement de la communauté, 1200. Révocation des donations, 2653. Substitutions permises, 3313. Voy. aussi t. I et II.

Puissance maritale. Généralités. Voy. t. I. Clauses y portant atteinte dans les contrats de mariage, 798. Voy. **Autorisation maritale, Biens réservés, Femme mariée, Mari.**

Puissance paternelle. Théorie générale, voy. t. I.

SPÉCIALITÉS. Clauses dérogatoires dans les contrats de mariage, 799.

Pupille. Voy. t. I.

Purge. — de l'inaliénabilité dotale, 1594. Voy. t. II.

Quarte. — du conjoint pauvre, 1866. — Falcidie, 2768, 3107, en note. — légitime, 3054-3055.

Quasi-contrat. Généralités, voy. t. II. Femme dotale, 1610. Voisinage, voy. t. II.

Quasi-délit. Généralités, voy. t. II. Femme dotale, 1604-1606. Voy. **Délit.**

Quasi-possession. Voy. t. I.

Quasi-usufruit. Voy. t. I.

Questions d'état. Voy. t. I.

Questions préjudicielles. Voy. t. I.

Quintus Mucius. Suppression de la loi — comme présomption légale, 1425 et 1659.

Quittance. Généralités, voy. t. II. — de la dot, 863.

Quotité disponible. Bibliographie, 3046. Définition, 3049. Fixation de son montant, 3058, s. Calcul en cas de succession anomale, 3095. — entre époux, 3225. Choix des biens composant la —, 2782. Legs de la —, 2753-3°. Voy. **Réserve.**

Rachat. Rentes et servitudes, voy. t. I. Assurances, voy. t. II.

Radiation. Voy. t. II.

Rappel. — à succession, 1663.

Rapport. Définition, 2203. Renseignements historiques, 2205, s. Qui doit le rapport, 2214, s. Dispense de rapport, 2227. A qui le rapport est dû, 2233. Donations soumises au rapport, 2246, s. — des avantages indirects, 2252, s. Donation non rapportables, 2262. — en nature et — en moins prenant, 2268. — des meubles, 2270. — des immeubles, 2275. Effets du — en nature, 2276, s. Exemption du — pour les libéralités prises sur les revenus, 2264. — de la dot, 875, s. Clauses relatives à ce rapport, 878, s. Effet de l'envoi en possession des biens d'un absent, 2477. Comparaison du — et de la réduction, 3117. Conflit entre les cohéritiers et les créanciers du débiteur du rapport, 2401. Voy. aussi t. I et II.

RAPPORT DES DETTES. Théorie générale, 2298, s.

Rapt. Voy. t. I.

Ratification. Voy. **Confirmation.** Voy. aussi t. II.

Réalisation. Clause de — du mobilier, 994.

Réalité. Voy. t. I.

Recel. Effet du — dans la communauté, 1224 et 1325, s. Voy. aussi 1356. — en matière de succession, 2001, s. — commis par un légataire, 2734. — d'une naissance, voy. t. I.

Récoltes. — des propres sous le régime de communauté, 976-2° et 1292. Voy. aussi t. I et II.

Récompense. Définition, 1251. Origine, 1252. Motifs, 1257. Cas où il y a lieu à —, 1259, s. Montant, 1261, 1322. Balance du compte des —, 1238 *bis* et 1238 *ter*. Règlement, 1263, s. — dues à la communauté, 1279, s. Dettes entrées en communauté avec ou sans charge de —, 1283. — dues par l'un des époux à l'autre, 1376.

Reconduction. Voy. t. II.

Reconnaissance. Généralités, voy. t. I. — d'un enfant naturel pendant le mariage, 1826. Motifs de la rareté des —, 2945.

Reconnaissance de dette. 2554.

Reconnaissance de la dot. — sur les biens du mari, 1558 *bis*.

Reconnaissance d'utilité publique, Effet rétroactif pour la capacité de recevoir, 2920. Voy. aussi t. I et II.

Recours. Voy. t. II.

Rectification. Voy. t. I.

Redevance. Voy. t. I.

Réduction. Principe, 3103. Formation de la masse, 3084, s. A qui appartient l'action, 3104. — des legs, 3106. — des donations, 3109. Effet de la —, 3111. Fins de non-recevoir, 3131. Libéralités en usufruit, 3133. Libéralités au second conjoint, 3247. — administrative en faveur des collatéraux, 3076. Effet de l'absence déclarée, 2478 et 2494. Voy. **Réserve.** Voy. aussi t. I et II.

Réel. Sens ancien du mot, 994.

Refente. 1790 et 1805.

Référé. Voy. t. I.

Régime matrimonial. Généralités, 762, s. Bibliographie, 763. Objet, 764. Immutabilité, 813, s. Rétablissement après le divorce, 678, et après la séparation de corps, 741-742. Variété des —, 765. Notion sommaire des principaux —, 766, s. Répartition actuelle et statistique, 772. — légal, 773 et 774 ; voy. aussi 913. Mélange des différents régimes, 803. — stipulé à terme ou sous condition, 827-828. Voy. **Communauté, Contrat de mariage.**

Régime dotal. Notion sommaire, 770. Répartition et statistique, 772. Fraudes contre les tiers, 809. Loi de 1850, 810-812. Définition, 1463. Bibliographie, 1464, 1573, 1575, 1681. Histoire, 1465, s. Appréciation critique, 1471, s. Nécessité d'une stipulation expresse, 1479. Détermination des biens dotaux, 1484, s. Défense de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage, 1498. Pouvoirs du mari sur les biens dotaux, 1503, s. Aliénation des meubles dotaux, 1509, s. Exercice des actions dotales, 1512, s. Inaliénabilité des immeubles dotaux, 1522, s. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1573, s. Insaisissabilité des biens dotaux, 1588, s. Responsabilité du défaut de remploi, 1511, 1554, 1556, s. Effets de la séparation de biens sous le —, 1614, s. Restitution de la dot, 1642, s. Biens paraphernaux, 1657. Biens réservés, 1478 *bis* et 1488. Société d'acquêts, 1681, s. Déclin du —, 1478. Voy. **Dot,** Femme dotale. **Inaliénabilité.**

Régime sans communauté. Notion sommaire, 768 et 1419. Rareté, 1416. Avantages, 1417. Analogie avec le régime dotal, 1423.

Registres. Voy. t. I et II.

Règle catonienne. Son abrogation, 2978.

Règlements. Voy. t. I et II.

Règles de droit. Voy. **Adages.**

Réintégrande. Voy t. I.

Relais. Voy. t. I.

Remèdes. Voy. t. II.

Réméré. Voy. t. II.

Remise. Voy. t. II.

Remploi. Définition, 947. Utilité, 948. Origine, 949. Cas où il a lieu, 950. Déclarations exigées par la loi, 951. Acceptation par la femme, 953. Remploi par anticipation, 957. Biens à acquérir en —, 958. Analyse et nature du —, 959. Résultat du —, 961. — légal, 1254. — sous le régime dotal, 1494, s. et 1550, s. Responsabilité des tiers acquéreurs, 1556 et 1557. Responsabilité des détenteurs de deniers dotaux, 1510 et 1511.

Renonciation. Généralités. Donations indirectes, 2516. Voy. aussi t. I et II.

Communauté. Droit de la femme, 1217. Origine, 1218-1219. Formes, 1225. Délai, 1227. Cas particulier, 1317. Effet sur l'actif, 1380, s. Effet sur le passif, 1382. Reprise des apports, 1385. Question relative à la société d'acquêts, 1696. Dispense du rapport des dons, 2217.

Successions. Liberté de l'héritier, 1956. Prescription de la faculté de renoncer, 1971, s. Formes de la renonciation, 2025, s. Effets, 2027, s. Rétractation. 2031. Calcul de la réserve, 3061. Ascendants primés par des frères et sœurs, 3067. Sort des libéralités faites en renonçant, 3079, 3098.

Legs. Forme, 2731. Effet, 2849.

Donations de biens a venir. 3181 et 3208, en note.

Rente. Généralités, voy. t. I et II. Dot constituée sous forme de rente, 871, s. — réversible sur la tête du survivant, 873. — comprises dans les successions, 2100, s.

Rente sur l'état. Remploi en —, 958. Certificat de propriété, 2049, en note. Vente par l'héritier bénéficiaire, 2131, s. Voy. aussi t. I et II.

Rente viagère. Vente d'un propre à —, 1260. — propre à l'un des époux, 1294, — réversible, 1321, s. ; voy. aussi 873. Vente à — à un successible en ligne directe, 3089. Donation à un tiers, 2551. Legs d'une — excessive, 2801-4°. Voy. aussi t. I et II.

Répétition. Voy. t. II.

Représentation. — dans les actes juridiques, voy. t. I et II. — de la dot par des paraphernaux, 1670, s. — des pauvres, 2998.

Représentation successorale. Définition, 1761. Histoire, 1762. Conditions, 1765. Effets, 1776. — à fin de partager, 1779. — de l'indigne, 1753. Enfants de frères et sœurs, 1836. — de l'enfant naturel par ses ascendants, 1839, s. — des frères et sœurs naturels, 1857. Réserve des petits-enfants, 3062.

Reprise. — des propres après acceptation, 1239, s. Preuve à fournir, 1242, s. Actions en — à titre de récompense, 1251, s. Controverse sur les — de la femme, 1274, s. — des apports de la femme renonçante, 1385, s. — des propres après renonciation, 1393. L'action en — dans les successions anomales, 1913 ; dans les donations aux communes et aux fabriques, 2631 *bis* et 2636 *bis*.

Répudiation. Voy. **Renonciation.**

Requête. Voy, t. I.

Réquisition. Voy. t. I et II.

Rescision. Acceptation de succession, 1983, s. Partage, 2418, s. Partage d'ascendants, 3383. Voy. aussi t. I et II.

Réserve héréditaire. Bibliographie, 3046. Notion générale, 3047. Histoire, 3054. Réserve des descendants, 3058. Réserve des ascendants, 3063 et 3228. Enfants naturels, 3070. Pratique administrative en faveur des collatéraux, 3076. Question du cumul, 3079. Formation de la masse, 3084. Estimation des biens, 3090. Déduction des dettes, 3093. Imputation des libéralités, 3096. Action en réduction, 3103. Enfants du premier lit, 3235. Atteinte à la — dans un partage d'ascendants, 3390. Réserve contractuelle des acquêts, 1697. Droits de la communauté sur la — des époux, 920. Voy. **Réduction.** Voy. aussi t. I.

Résidence. Généralités, voy. t. I.

Résolution. Généralités, voy. t. II. Effet résolutoire du rapport, 2277, s. et 2290. Effet résolutoire du partage, 2402, 2404. Absence d'action en — contre les partages, 2506. Retour conventionnel, 2611, s. — des donations pour inexécution des charges, 2630. Survenance d'enfant, 2673. Effet de la réduction des libéralités, 3115, 3116. Voy. **Condition, Rescision.** Voy. aussi t. I.

Responsabilité. Généralités, voy, t. II. Mari administrant la dot, 1515. Tiers acquéreur du fonds dotal, 1556, 1557 et 1570. Mari gérant les paraphernaux, 1666. Notaires, 1556 et 2712 *bis*. Agents de change, 1511.

Restauration. Droit d'aînesse, 1807. Substitutions, 3275.

Rétention. Voy. Droit de rétention. Voy. aussi t. II.

Retour. Retour conventionnel. Définition, 615. Au profit de qui il est permis, 2618. Cas d'ouverture, 2620. Effets, 2621. Comparaison des deux espèces de retour, 2627. Voy. t. I.

Retour légal. Théorie générale, 1889, s. Observation sur ce mot, 1893. Biens donnés aux congrégations dissoutes, 1921 *bis*. Pacte prohibé dans les contrats de mariage, 1904 *bis*. Voy. t. I.

Retrait. Généralités, voy. t. II.
Retrait d'indivision, 965, s.
Retrait successoral. Son but, 2443. Origine, 2445. Conditions, 2446, s. Exercice, 2453, s. Effets, 2458, s.

Retranchement. Action en —, 1409, s.

Rétroactivité. — du contrat de mariage, 832 et 833. — du remploi, 959 et 960. — du retrait d'indivision, 971. — du divorce, 1156, 1158 ; — de la séparation de biens, 1187, s. et 1205. — du rétablissement de la communauté, 1203. Loi de nivôse, 1795, en note. Acceptation des successions, 2010. — du partage déclaratif, 2369, s. Retrait successoral, 2461. Voy. aussi t. I.

Revendication. Voy. t. I et II.

Revenus. Usufruit de la communauté, 973. Capacité de la femme séparée, 1445. Saisie des — de la dot entre les mains du mari, 1519 ; entre les mains de la femme, 1630. Donations faites sur les — : rapport, 2260-2264 ; réduction, 3088. Clause de capitalisation obligatoire, 3043 *bis*.

Réversibilité. Rente dotale, 873. Rente viagère, 1321. Usufruit dans les partages d'ascendant, 3370. — au profit du conjoint du donataire, 1904 *bis*. — des donations entre vifs, 2628, s., 3149. — des testaments, 2837, s. — des donations entre époux, 3201 et 3217, s. Voy. aussi t. II.

Révocation. Testaments, 2836, s. Donation, 2638 et 3217. Legs, 2852, s. Voy. **Résolution.**

Révolution. Droit successoral, 1795. Droits des enfants naturels, 1822. Rapport à succession, 2208. Faculté d'élire, 2743. Conditions illicites, 3029. Réduction de la quotité disponible, 3056. Institution contractuelle, 3162. Voy. **Assemblée législative,** Convention nationale. Voy. aussi t. I.

Risques. Voy. t. II.

Rivière. Voy. t. I.

Roumanie. Aliénation de la dot mobilière, 1578. Suppression de la fente dans les successions, 1801, en note. Droits de l'enfant naturel, 1821, en note. Conjoint survivant, 1866, en note. Saisine héréditaire, 1933, en note. Prescription de la qualité d'héritier, 1974. Suppression de l'effet résolutoire du rapport, 2277, en note. Rapport des dettes, 2300. Effet déclaratif du partage, 2370. Paiement des dettes, 2766, en note. Conditions illicites ou immorales, 3027. Suppression de la réserve des ascendants, 3063, en note. Question du cumul, 3082, en note. Institution contractuelle, 3158, en note. Prohibition des substitutions, 3276 *bis*. Affaire Ottétélèchano, 3345. Voy. aussi t. I et II.

Route. Voy. t. I.

Rue. Voy. t. I.

Saisie. Généralités, voy. t. II. Insaisissabilité des biens dotaux, 1588, s., 1600. — du mobilier dotal, 1581. Purge de l'inaliénabilité, 1595. Revenus de la dot, 1519 et 1638. Paraphernaux ordinaires, 1668. Paraphernaux représentant la dot, 1679. — réciproque des salaires entre époux, 1437-3°. Biens réservés, 1142 et 1143. Voy. aussi t. I.

Saisine. Bibliographie, 1928. Notions historiques, 1929, s. Héritiers saisis, 1933, s. — collective, 1935. Indivisibilité, 1935, note. Effet de la —, 1938, s. — du légataire universel, 2754, s. Refusée au légataire à titre universel, 2771, 2774. Envoyés en possession, 2494. — des exécuteurs testamentaires, 2816. Institué contractuel, 3184. Voy. aussi t. I.

Salaires. Généralités, voy. t. II. Femmes mariées. Voy. **Gain, Saisie.** Voy. aussi t. I, n° 948, et t. II, n° 1848.

Saleilles. Voy. t. I et II.

Sauzet. Voy. t. I.

Savoie. Présomption Quintus Mucius, 1659. Voy. aussi t. I, n° 261 et t. II.

Scellé. Envoi en possession, 1945. Bénéfice d'inventaire, 2021. Partage judiciaire, 2355. Legs universels, 2759. Exécuteurs testamentaires, 2822. Voy. aussi t. I.

Second mariage. Voy. **Noces (secondes).**

Secret. Lettres missives, voy. t. I. — professionnel, voy. t. II.

Séduction. Voy. t. I.

Séparation. Séparation de biens. *Séparation judiciaire.* Définition, 1160. Origine, 1161. Qui peut la demander, 1162. Ses causes, 1164. Procédure, 1173. Effets, 1183. Droit des créanciers, 1191. Rétablissement de la communauté, 1199. La — sous le régime dotal, 1614, s. Voy. aussi 1477. Voy. aussi t. I.

Séparation conventionnelle. Définition, 1416. Contribution de la femme aux charges du ménage, 1421, s. Biens réservés, 1439 *bis*. Capacité de la femme, 1440, s. Intervention du mari dans la gestion des biens de la femme, 1461.

Spécialités. Renonciation à la communauté, 1232 Comparaison des deux espèces de —, 1418. Grand usage de la — judiciaire dans le Midi, 1477. Paiement des frais sur les biens dotaux, 1613.

Séparation de corps. Généralités, voy. t. I.

Spécialités. Renonciation à la communauté, 1231. Perte du droit de succession, 1863. Voy. aussi t. I et II.

Séparation de fait 1462 *bis* et 2509.

Séparation des dettes. Clauses de — sous le régime de communauté, 1129, s. Effet de la déclaration de franc et quitte, 1138, s. — sous le régime sans communauté, 1421.

Séparation des Églises et de l'État, 3336, en note. Présomption d'interposition, 2919. Actions en reprise, 2631 *bis* et 2636 *bis*. Voy. Dot moniale, **Église, Révocation.** Voy. aussi t. I.

Séparation des patrimoines. Utilité, 2170. Origine, 2171. Par qui et contre qui elle peut être demandée, 2172, s. Formes, 2176. Effets, 2181, s. Causes qui y mettent fin, 2191, s. — résultant du bénéfice d'inventaire, 2108 *bis* ; son maintien après la cessation du bénéfice, 2169. Comparaison avec l'hypothèque des légataires, 2794. Voy. aussi t. II.

Séparation des pouvoirs. Voy. t. I.

Sépulture. 1705. Voy. **Tombeau.**

Séquestre. Successions bénéficiaires, 2127 et 2142, en note. Biens de communauté, 1204, en note. Voy. t. II.

Serment. Voy. t. I et II.

Servitudes. Voy. t. I et II.

Sévices. Cause de divorce ou de séparation de corps, 514, s. Ingratitude du donataire, 2644.

Signature. Testament olographe, 2689. Testament authentique, 2706. Testament mystique, 2715. Voy. aussi t. I et II.

Signification. Voy. t. I et II.

Simulation. Voy. t. II.

Société. Généralités, voy. t. II. Rapport des avantages indirects, 2254. Capacité d'acquérir à titre gratuit, 2940. Voy. aussi t. I. — civile utilisée pour le fonctionnement d'une association non reconnue, 2919 ; pour celui d'une fondation, 3345 *in fine*.

Société d'acquêts. Bibliographie, 1681. Origine, 1684. Utilité, 1685. Statistique, 1686. Composition, 1689. Passif, 1693. Dissolution, 1694.

Sociétés diverses. Voy. t. I.

Solennité. Voy. Actes solennels.

Solidarité. Généralités, voy. t. II. Ancienne — des héritiers, 2069.

Sommation. Voy. t. II.

Souche. Partage par —, 1778, 1808. Voy. aussi 2393. Coutumes souchères, 1791.

Soulte. Meuble propre sous la communauté, 923-3°. Échange avec — sous la communauté, 945. Emploi d'une — sous le régime dotal, 1495-3°. Partage judiciaire, 2363. Effet déclaratif du partage avec —, 2382. Voy. aussi t. II.

Source. Voy. t. I.

Sourd-muet. Donations entre vifs, 2528. Testament authentique, 2702, 2704. Testament mystique, 2721. Acceptation des libéralités, 2982. Voy. aussi t. I.

Sous-ordre. Voy. t. II.

Spécialité. — des établissements publics, 2923. Effet en matière de fondations, 3336. Voy. aussi t. II.

Statue. Voy. t. I.

Statut. Voy. t. I.

Stellionat. Voy. t. II.

Stiftung. 3347. Voy. aussi t. I, 1989.

Stipulation pour autrui. Généralités, voy. t. II Donations indirectes, 2550, s.

Subrogation. Généralités, voy. t. II. Héritier ayant payé au delà de sa part, 2096. Effet du retrait successoral, 2458.

SUBROGATION RÉELLE. Notion générale, n° 922, note ; voy. aussi t. II, 475, en note, et t. I, n° 2173 *bis*, en note, Mobilier propre sous le régime de la communauté, 922. Immeubles acquis par échange, 943, s. Remploi, 951. Biens subrogés à des biens dotaux sous le régime dotal, 1491, s. Successions anomales, 1912, s. Biens sujets à rapport, 2280.

Subrogé tuteur. Généralités, voy. t. I. Responsabilité pour défaut d'inventaire, 1149. Voy. aussi t. II.

Substance. Voy. t. I.

Substitution. SUBSTITUTION VULGAIRE. Notion sommaire, 2858 et 3266. — tacite dans les institutions contractuelles, 3170.

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE. Bibliographie, 3264. Définition, 3265. Histoire de la législation, 3267. Prohibition des —, 3276. Analyse de la — prohibée, 3278. — entre personnes fictives, 3285. Sanction de la prohibition, 3286. — permises, 3299, s. — compendieuse, 3298. Relevé de la jurisprudence, 3296, en note.

Successeur irrégulier. Définition, 1780-1784. Enfants naturels, 1824, 1828. Parents naturels, 1853. Frères et sœurs naturels, 1855 et 1950. Conjoint survivant, 1864. Envoi en possession, 1944. Obligation aux dettes ultra vires, 2089. Rapport des dons, 2216-2°. Voy. **Héritier.**

Succession. GÉNÉRALITÉS. Bibliographie : 1780 (ordres d'héritiers) ; 1818, en note (degré successible) ; 1820 *bis* et 1833 en note (enfants naturels) ; 1859 (conjoint survivant) ; 1928 (saisine) ; 2061 *bis* (passif héréditaire) ; 2298 (rapport des dettes) : 2319 (bien de famille) ; 2352 (partage judiciaire) ; 2370 (effet déclaratif). Définition, 1698. Fondement, 1700. Ouverture, 1701. Richesse de la France, 1704. Conditions requises pour succéder, 1706. Théorie des comourants, 1710. Incapacité de succéder, 1724, s. Indignité, 1731, s. Représentation, 1760, s. Diverses espèces d'héritiers, 1780, s. Droits des parents légitimes, 1785, s. ; des parents naturels, 1820, s. ; du conjoint, 1859, s. — anomales, 1889, s. — en déshérence, 1922, s. Saisine, 1928, s. Envoi en possession, 1944. Option de l'héritier, 1953, s. Déclaration à l'enregistrement, 2066 *ter*. Acceptation pure et simple, 1992. Impôt progressif, 2066 *bis*. Acceptation bénéficiaire, 2011. Renonciation, 2025. — vacantes, 2035. Pétition d'hérédité, 2045. Obligation aux dettes, 2061. Déduction des dettes, 2066 *bis*. Effets du bénéfice d'inventaire, 2012. Séparation des patrimoines, 2170. Rapport des dons et des legs, 2203. Rapport des dettes, 2298. Partage, 2315. Retrait successoral, 2443. Biens des absents, 2463.

SPÉCIALITÉS. — échues aux époux sous le régime de la communauté, 1109, s., 1286 et 1287. Calcul de la réserve en cas de — anomale, 3095. Voy. **Dettes,** DROIT DE MUTATION, **Héritier, Testament.** Voy. aussi t. I et II.

Suggestion. 2881, s.

Suisse. Bénéfice d'inventaire, 2167. Voy. aussi t. I et II.

Suite (Droit de). Voy. t. II.

Superfices. Voy. t. I et II.

Superficie. Voy. t. I et II.

Surenchère. Voy. t. II.

Sûretés. Voy. t. II.

Survenance d'enfant. Donations, 2657. Testaments, 2852.

Suspension de prescription. Héritier bénéficiaire, 2112. Voy. aussi t. I et II.

Syndicat professionnel. Capacité de recevoir à titre gratuit, 2921. Acceptation des libéralités, 2940. Voy. aussi t. I et II.

Tabellion. Voy. t. II.

Tâcheron. Voy. t. II.

Tacite reconduction. Voy. t. II.

Tailles. Voy. t. II.

Taux. Voy. t. I et II.

Taxe militaire. Rapport à succession, 2258.

Télégramme. Voy. t. I.

Téléphone. Voy. t. II.

Témoin. 1° (*en justice*). Voy. t. I et II. 2° (*dans les actes*). Donations entre vifs, 2527. Testament authentique, 2700, 2701, 2706, 2709, s. Testament mystique, 2718 et 2722. Voy. aussi t. I et II.

Terme. Généralités, t. I et II. Stipulation d'un régime matrimonial à terme, 827. Effet du rapport des dettes, 2303 et 2311. — incertain dans les legs, 2732.

Testament. GÉNÉRALITÉS. Définition, 2512. Forme solennelle, 2515 et 2681. Objet, 2516. Comparaison avec la donation, 2517. Cause immorale, 2518. Formes, 2678. — nuncupatif, 2679. — perdu, 2680. — conjonctif, 2681. Nullité des —, 2684. Voy. aussi 2747. Règles particulières du — olographe, 2686, s. ; du — authentique, 2698, s. ; du — mystique, 2713, s. ; — sur interrogat, 2702-3°. Interprétation des dispositions testamentaires, 2748. Responsabilité du

notaire, 2712 *bis*. Testament ab irato, 2877. Testament rompu, 2843. Révocation, 2836. Époques auxquelles la capacité est requise, 2975. Testament-partage, 3349, 3354, 3379.

SPÉCIALITÉS. Femme mariée, 268 et 2903. Envoi en possession, 2756. Mineur, 2892. Prodigue, 2901. Condamnés, 2904, s. Découverte d'un — inconnu, 1984, 1987. Fondations par testament, 3343. Dispositions relatives aux obsèques, 1705-7°. Voy. **Exécuteur testamentaire, Legs, Ouverture.** Voy. aussi t. I.

Théâtre. Voy. t. I et II.

Tierce opposition. — des créanciers en cas de séparation de biens, 1198. Voy. aussi t. I et II.

Tiers. Généralités, t. I et II. Immutabilité des conventions matrimoniales, 814. et 818. Effet des contre-lettres, 822.

Timbre. Voy. t. II.

Titre. Généralités, voy. t. I et II. — de famille dans la communauté, 919. — de noblesse dans les partages de succession, 2336 *bis*.

TITRE AU PORTEUR. Généralités, voy. t. II. Voy. aussi t. I.

TITRE EXÉCUTOIRE. Exécution contre l'héritier du débiteur, 2065. Effet contre la communauté conjugale, 1069. Voy. aussi t. II.

TITRES NOMINATIFS. Conversion par le mari, 1061 *bis*; par une femme séparée de biens, 1447. Revendication, 1249, en note. Donation déguisé, 2544. Voy. aussi t. I et II.

Tolérance. Voy. t. I.

Tombeau. Généralités, voy. t. I. Partage de succession, 2366 *bis*. Voy. **Sépulture.**

Tontines. Voy. t. I et II.

Torrens. Voy. t. I.

Toulouse. Régime dotal, 1469. Statistique, 772. Inaliénabilité de la dot mobilière, 1575.

Toutée. Projet sur la repopulation, 1807, en note.

Tradition. Généralités, voy. t. I. Dons manuels, 2536 et 2540.

Trait du temps. 3279.

Transaction. Généralités, voy. t. I. Femme séparée, 1455. — remplaçant un partage, 2352 et 2428. Voy. aussi t. II.

Transcription. PROPRIÉTÉ FONCIÈRE. Généralités, voy. t. I. Héritier bénéficiaire, 2117. Dispense admise pour les partages, 2405, pour le retrait successoral, 2459. — des donations, 2589, s. Institution contractuelle, 3176. Donations entre époux, 3214. Voy. aussi t. II.

ÉTAT CIVIL. Voy. t. I.

Transfert. Donations réalisées par voie de —, 2544. Voy. aussi t. I et II.

Transmission. Voy. t. I et II.

Transport-cession. Voy. t. I et II.

Transportés. Droits du conjoint survivant, 1869-3°. Voy. aussi t. I et II.

Travail. Produits du — des époux sous la communauté d'acquêts, 1004. Voy. **Gain.** Voy. aussi t. II.

Travaux publics. Voy. t. II.

Trésor. Généralités, voy. t. I. Acquêt mobilier sous la communauté, 923 *bis*.

TRÉSOR PUBLIC. Voy. t. II.

Tribunat. Voy. t. I.

Tribunaux. TRIBUNAUX CIVILS. Autorisations données au successible avant son option, 1999. Refus d'autorisation opposé à l'héritier bénéficiaire, 2136. Voy. **Jurisprudence.** Voy. aussi t. I.

Trouble. Voy. t. I et II.

Truck system. Voy. t. II.

Tunisie. Voy. t. I.

Turgot. Voy. t. I.

Tutelle. Voy. t. I.

Tuteur. Généralités, voy. t. I. Incapacité de recevoir à titre gratuit, 2960. Voy. **Interdit, Mineur.** Voy. aussi t. II.

TUTEUR AD HOC. Contrat de mariage de l'enfant naturel mineur, 786.

TUTEUR A LA SUBSTITUTION. Mission, 3307. Nomination, 3308.

Union libre. Voy. **Concubinage.**

Union latine. Voy. t. II.

Universalité. Voy. t. I.

Université. Fondations, 3335, en note. Voy. aussi t. I.

Usage. Généralités, voy. t. I et II. — d'an et jour, 1930.

Usucapion. Voy. t. I.

Usufruit. Généralités, voy. t. I. — universel de la communauté légale, 973, s.; de la communauté d'acquêts, 1002. Droit du mari sur les biens dotaux, 1516. — successoral des père et mère, 1817. Conjoint survivant, 1869, s. Conjoint du donataire, 1904 *bis*. Réserve d'usufruit : par le mari, 1023; dans un don manuel, 2542; dans une donation ordinaire, 2612; dans un don à un successible en ligne directe, 3089, s.; dans un partage d'ascendant, 3370. Legs en usufruit, 2809, s. et 2866. Réduction des libéralités en —, 3133. Dispositions en — remplaçant les substitutions, 3 [illegible] luation au point de vue fiscal, 3107 et 3262, en note. Voy. **Jouissance légale.** Voy. aussi t. II.

Usure. Voy. t. II.

Vacance. Successions vacantes, 2035, s.

Vagabondage. Voy. t. I.

Vaine pâture. Voy. t. I.

Valette. Articles sur l'incapacité contractuelle, 798. Loi sur la publicité des contrats de mariage, 810. Voy. aussi t. II.

Valeurs mobilières. Généralités, voy. t. I. Vente par l'héritier bénéficiaire, 2131, s. Vente de — indivises par un mineur, 2352.

Velléien. Voy. t. I et II. Voy. aussi 1143.

Vente. Généralités, voy. t. II. —, par l'héritier apparent, 2054, s. — par l'héritier bénéficiaire, 2123, 2129, s. — sur licitation, 2383, s. — par l'exécuteur testamentaire, 2824, 2825. Voy. aussi t. I.

VENTES A FONDS PERDU. Leur danger, 3052. Disposition de l'art. 918, 3089.

Ventilation. 2073, 2778. Voy. t. II.

Vérification d'écriture. Voy. t. II.

Veuve. Ses droits sous le régime de communauté, 1151, s. Sous le régime dotal, 1656 et 1695.

Viabilité. Voy. t. I.

Vices. VICES DU CONSENTEMENT. Contrat de mariage, 834-3°. Libéralités, 2878, s. Voy. aussi t. I et II.

VICES DE LA POSSESSION. Voy. t. I.

VICES DES CHOSES. Voy. t. II.

Viduité. Condition de —, 3040. Voy. **Veuve.** Voy. aussi t. I.

Vieillesse. Voy. **Démission de biens,** PARTAGE D'ASCENDANT. Voy. aussi t. I.

Vignes. Voy. t. II.

Ville. Responsabilité à raison des valeurs dotales, 1511. Voy. **Commune.** Voy. aussi t. II.

Viol. Voy. t. I.

Violence. Généralités, voy. t. I et II. Option de l'héritier, 1980. Donations et legs, 2886.

Vœux monastiques. Incapacité des religieux, 2908 et 1702, en note. Voy. aussi t. I.

Voie de recours. Voy. t. I et II.

Voie parée. Voy. t. II.

Voisins. Voy. t. I.

Voiturier. Voy. t. II.

Vol. Voy. t. I et II.

Volontariat. Dispense de rapporter les 1 500 francs, 2265.

Volonté. Voy. t. I et II.

Voyageur. Voy. t. I et II.

Vue. Voy. t. I.

Wadium. Voy. t. II.

Warrant. Voy. t. II.

TABLE DES TEXTES

CODE CIVIL

Articles	Nos du volume
75-76.. . .	810, s.
120.. . . .	2466, s.
123.. . . .	2482, 2467.
124.. . . .	1208, 1213, 1205.
125	2481.
126.. . . .	1210, 1216, 2471 s.
127.. . . .	1212, 2489, s.
128.. . . .	2483.
129.. . . .	1214, 2491, s.
130.. . . .	2463.
132	2495.
135.. . . .	1720.
136-138. .	1721, 2051, s.
140.. . . .	2466.
204.. . . .	852-853.
212.. . . .	760.
225.. . . .	319, s., 1104.
252.. . . .	1156.
337.. . . .	2952.
350-352. .	1897, s.
461.. . . .	1957, 2016.
463.. . . .	2934.
502.. . . .	2899.
509.. . . .	1957.
511.. . . .	2905.
610-612. .	2809.
718-719. .	1702.
720-722. .	1710-1719.
723.. . . .	1780 *bis*.
724.. . . .	1933, s., 2061.
725.. . . .	1707, s., 1724.
726.. . . .	1729.
727.. . . .	1737, s.
728.. . . .	1744.
729.. . . .	1756.
730.. . . .	1753.
732.. . . .	1795, 1800, 1889.
733.. . . .	1799, 1800, s.
734.. . . .	1805.
735-738. .	Voy. t. I.
739.. . . .	760, s., 1776.
740.. . . .	1773.
741.. . . .	1773, en note.
742.. . . .	1774.
743.. . . .	1778.
744, al. 1.	1766.
al. 2.	1771.
745.. . . .	1807.
746.. . . .	1815.
747.. . . .	1895, s., 3068.
748-749. .	1814.
750.. . . .	1811.
751.. . . .	1814, 2029.
752.. . . .	1802, 1812.
753.. . . .	1816.
754.. . . .	1817.
755.. . . .	1818, 1819.
756.. . . .	1825.
757.. . . .	1823, 1827.
758.. . . .	1831.
759.. . . .	1834, s.
760.. . . .	1837.
761.. . . .	1839.
762.. . . .	1844, s.
763.. . . .	1846.
764.. . . .	1849.
765.. . . .	1852.
766.. . . .	1855, s., 1899 s.
767.. . . .	1861, s.
768.. . . .	1922, s.
769.. . . .	1945.
770.. . . .	1946.
771.. . . .	1865, 1949.
772.. . . .	1922.
773.. . . .	1950.
774.. . . .	1955.
775.. . . .	1956.
776.. . . .	1960.
777.. . . .	2010.
778.. . . .	1992, s.
779.. . . .	1998.
780.. . . .	1896.
781.. . . .	1958.
782.. . . .	1958-1859.
783.. . . .	1979, 1983, s.
784.. . . .	2026.
785.. . . .	2027.
786.. . . .	2029.
787.. . . .	1779, 2027.
788	1990.
789.. . . .	1971, s.
790.. . . .	2031, s.
791.. . . .	1969.
792.. . . .	2001, s., 2734.
793.. . . .	2015.
794.. . . .	2017, s.
795.. . . .	1962, s.
796.. . . .	1999.
797.. . . .	1965.
798.. . . .	1963.
799.. . . .	1966.
800.. . . .	2024.
801.. . . .	2166.
802.. . . .	2106, s., 2137.
803.. . . .	2108, 2161, 2164.
804.. . . .	2126.
805.. . . .	2130, s. 2166.
806.. . . .	2129, 2143, 2166.
807.. . . .	2133, 2134.
808-809. .	2145, s.
810.. . . .	2163.
811.. . . .	2035, s.
812.. . . .	2041.
813-814. .	2042.
815.. . . .	2323, s.
816.. . . .	2340, s.
817.. . . .	2331, 2337.
818.. . . .	2335, 1055, 1056.
819.. . . .	2353, s.
820-821. .	2355.
822.. . . .	2357, s.
823.. . . .	2359.
824-825. .	2360.
826-827. .	2361.
828.. . . .	2359.
829.. . . .	2298, s.
830.. . . .	2268.
831-834. .	2363.
832.. . . .	2398, 3372.
835.. . . .	2364.
836.. . . .	2363.
837.. . . .	2362.
838.. . . .	2331, 2350, s.
839.. . . .	2361.
840.. . . .	2332, 2336, 2345-2°.
841.. . . .	2443, s.
842.. . . .	2366.
843, al. 1.	2214, s., 2227.
al. 2.	2269.
844.. . . .	2227.
845.. . . .	2217.
846.. . . .	2220.
847.. . . .	2223.
848.. . . .	2224.
849.. . . .	2226.
850.. . . .	2233.
851.. . . .	2247, 2256, s.
852.. . . .	2251, 2262, s.
853.. . . .	2253.
854.. . . .	2254.

Articles	Nos du volume
855.. . . .	2279.
856.. . . .	2259, s.
857.. . . .	2234, s.
858.. . . .	2268.
859.. . . .	2287.
860.. . . .	2290, s.
861-862. .	2282.
863.. . . .	2281.
864.. . . .	2294.
865.. . . .	2276, s.
866.. . . .	2285, 3125, s.
867.. . . .	2283.
868.. . . .	2270, s.
869.. . . .	2273.
870.. . . .	2061, s.
871.. . . .	2765, 2770, 2777.
872.. . . .	2101.
873.. . . .	2061, s.
874.. . . .	2765, 2777.
875.. . . .	2099.
876.. . . .	2098.
877.. . . .	2065.
878.. . . .	2170, s.
879.. . . .	2192, s.
880.. . . .	2198, s.
881.. . . .	2173.
882.. . . .	2433, s.
883.. . . .	2367, s.
884.. . . .	2411, s.
885.. . . .	2415.
886.. . . .	2417.
887.. . . .	2419, 2421, s.
888.. . . .	2425, 2428.
889.. . . .	2427.
890.. . . .	2424.
891.. . . .	2430.
892.. . . .	2420, 2432.
893.. . . .	2499.
894.. . . .	2501, 2508.
895.. . . .	2512.
896.. . . .	3273, 3277, s.
898.. . . .	3265, 3266.
899.. . . .	3294.
900.. . . .	3036, s.
901. . . .	2873, s., 2899.
903-904. .	2890, s.
905.. . . .	2902, 2903.
906.. . . .	2911.
907.. . . .	2960.
908.. . . .	2944, s.
909.. . . .	2962, s.
910.. . . .	2936, s., 2984.
911.. . . .	2982, s.
912.. . . .	2848, 2929.
913.. . . .	3058, s., 3071.
914.. . . .	3063, s.
915.. . . .	3066, 3071.
916.. . . .	2948 s., 3075.
917.. . . .	3133, s., 3246 *bis*.
918.. . . .	3089.
919, al. 1.	3057.
al. 2.	2227, s.
920.. . . .	3103.
921.. . . .	3105.
922.. . . .	3084, s.
923.. . . .	3106.
924.. . . .	3101, 3125
925.. . . .	3107.

Articles	Nos du volume
926.. . . .	2768.
927.. . . .	3108.
928.. . . .	3113, 3128.
929.. . . .	3115.
930.. . . .	3116, s.
931.. . . .	2510-2525 s.
932.. . . .	2563, s.
933.. . . .	2571.
934.. . . .	2933.
935.. . . .	2934, 2935.
936.. . . .	2932.
937.. . . .	2578, 2936, s., 2998.
938-941. .	2589, s.
942.. . . .	2573.
943.. . . .	2599, s.
944.. . . .	2605, s.
945.. . . .	2607, s.
946.. . . .	2610.
947.. . . .	3208.
948.. . . .	2536, 3213.
949.. . . .	2613.
950.. . . .	2614.
951-952. .	2615, s.
953.. . . .	2629.
954.. . . .	2630, s.
955.. . . .	2586, 2637, s.
956.. . . .	2647.
957	2645, 2647, s.
958.. . . .	2652, s.
959.. . . .	2640, 3149, 3200.
960.. . . .	2662, s., 3201.
961.. . . .	2664.
962.. . . .	2672, 2675.
963.. . . .	2673.
964.. . . .	2672.
965.. . . .	2659.
966.. . . .	2676.
967.. . . .	2729.
968.. . . .	2682-2683.
969.. . . .	2678.
970.. . . .	2688, 2693-9°.
971.. . . .	2698, s.
972.. . . .	2702, s,
973-974. .	2706.
975.. . . .	2711.
976.. . . .	2714, s.
977.. . . .	2715.
978-979. .	2721.
980.. . . .	2709.
981-998. .	2725.
995.. . . .	2968.
999.. . . .	2726.
1002. . . .	2729, 2730.
1003. . . .	2750.
1004. . . .	2754.
1005. . . .	2763.
1006. . . .	2754.
1007. . . .	2695, 2723.
1008. . . .	2756, s.
1009. . . .	2765, s.
1010. . . .	2771, s.
1011. . . .	2774.
1012. . . .	2777.
1013. . . .	2781.
1014. . . .	2782, 2775, 2785, s.
1015. . . .	2786.
1016. . . .	2736, s.
1017. . . .	2789, s.

Articles	Nos du volume
1018-1020.	2800, 3380.
1021. . . .	2804, s.
1022. . . .	2802.
1023. . . .	2748.
1024. . . .	2798.
1025. . . .	2831.
1026. . . .	2817, s.
1027. . . .	2821.
1828-1030.	2815.
1031. . . .	2822, s.
1032. . . .	2814, 2821.
1033. . . .	2831.
1034. . . .	2835.
1035. . . .	2839, s.
1036. . . .	2843-1°.
1037. . . .	2839.
1038. . . .	2843.
1039. . . .	2847.
1040. . . .	2732, 2784, 2847.
1041. . . .	2847.
1042. . . .	2851.
1043. . . .	2848, s.
1044-1045.	2860, s.
1046. . . .	2853, s.
1047. . . .	2854.
1048-1049.	3301, s.
1050-1051.	3302.
1052. . . .	3304.
1053. . . .	3327.
1054. . . .	3321-3°.
1055-1057.	3308, 3322.
1058-1061.	3309.
1062-1064.	3310.
1065-1067.	3312.
1069. . . .	3313.
1070-1071.	3314.
1072. . . .	3316.
1073. . . .	3315.
1074. . . .	3307, 3315.
1075. . . .	3353.
1076. . . .	3354, 3365.
1077. . . .	3369.
1078. . . .	3357, 3384.
1079. . . .	3386, s.
1080. . . .	3399.
1081. . . .	3154.
1082. . . .	3165, s.
1083. . . .	3177, s.
1084-1085.	3191.
1086. . . .	3151.
1087. . . .	3146.
1088. . . .	3143.
1089. . . .	3155, 3196.
1090. . . .	3088.
1091. . . .	3198.
1092. . . .	3203.
1093. . . .	3199.
1094. . . .	3228, s.
1095. . . .	789, 2895, s.
1096. . . .	3218, s.
1097. . . .	3215, 3370.
1098. . . .	3235, s.
1099. . . .	3216, 3252, s.
1100. . . .	3259.
1131. . . .	3034.
1175. . . .	3033.
1220. . . .	2967, s., 2398.
1221. . . .	2575, 2078, en note.

Articles	Nos du volume
1338. . . .	2736.
1339. . . .	2531, 2681.
1340. . . .	2532, 2685.
1351. . . .	422-429.
1387. . . .	795, s.
1388. . . .	799, s., 1017.
1389. . . .	801.
1390. . . .	802.
1391. . . .	811.
1392. . . .	1479.
1393. . . .	840.
1394, al. 1.	806, s.
al. 2 et 3.	811, s.
1395. . . .	813, s.
1396-1397.	819, s.
1398. . . .	784, s.
1399. . . .	903.
1400. . . .	840.
1401-1°. . .	915, s.
2°. . .	973, s.
3°. . .	930, s.
1402. . . .	1242, 1243.
1403. . . .	975, 976, 1292.
1404, al. 1.	925, 935.
al. 2.	927, s.
1405. . . .	938, s.
1406. . . .	941, s.
1407. . . .	943, s.
1408, al. 1.	963-964.
al. 2.	965, s.
1409-1°. . .	1076, s., 1114, 1282.
2°. . .	1086, s.
3°. . .	1122, s.
4° et 5°. . .	1124.
1410. . . .	1079-1085.
1411-1417.	1110-1121. Voyez aussi 1093.
1418. . . .	1109.
1419. . . .	1073.
1420. . . .	1098, s.
1421. . . .	1021.
1422. . . .	1023, s., 1040.
1423. . . .	1038, s, Voy. aussi 1030, 1043.
1424. . . .	1088, 1288-1289.
1425. . . .	1089.
1426. . . .	1038, 1091, s., 1101, 1107.
1427. . . .	1041, 1102, s.
1428. . . .	1047-1065.
1429-1430.	1059.
1431. . . .	1094, s.
1432. . . .	1093.
1433. . . .	1259.
1434-1435	947, s.
1436. . . .	1261.
1437. . . .	1280, 1295.
1438. . . .	857, s.
1439. . . .	861.
1440. . . .	865, 867.
1441. . . .	1144.
1442. . . .	1146, 1150.
1443. . . .	1160, s.
1444. . . .	1179, s.
1445, al. 1	1178.
al. 2.	1187, s.
1446. . . .	1192.
1447. . . .	1197.
1448. . . .	1432.
1449. . . .	1441, s.
1450. . . .	1462.
1451. . . .	1199, s., 1206.
1452. . . .	1310.
1453. . . .	1217, 1220.
1454. . . .	1223.
1455. . . .	1223, 1233, s.
1456. . . .	1228.
1457-1458.	1225.
1459. . . .	1222, 1228.
1460. . . .	1224.
1461. . . .	1222.
1463. . . .	1231, 1232.
1464. . . .	1236.
1465. . . .	1151, s.
1466. . . .	1230.
1467. . . .	1237.
1468. . . .	1297.
1469. . . .	1290. Voyez aussi 1032.
1470. . . .	1239, 1256, 1259.
1471. . . .	1264, s.
1472. . . .	1271.
1473. . . .	1264, s., 1298, 1395.
1474. . . .	1301.
1475. . . .	1221, 1331.
1476. . . .	1332.
1477. . . .	1325, s., 1356,
1478. . . .	1376, s.
1479. . . .	1377.
1481. . . .	1152.
1482. . . .	1337, 1354.
1483. . . .	1359, s.
1484. . . .	1340.
1485. . . .	1343.
1486. . . .	1340.
1487. . . .	1097, 1341.
1488. . . .	1350-1351.
1489. . . .	1354.
1490. . . .	1358.
1491. . . .	1338.
1492. . . .	1380, s.
1493. . . .	1393, s.
1494. . . .	1382.
1495. . . .	1154.
1496. . . .	1396, s.
1498. . . .	995, s., 999, s., 1136.
1499. . . .	1245, s.
1500, al. 1.	995, s.
al. 2.	1012, s.
1501-1502.	1014.
1503. . . .	1013.
1504. . . .	1245, s.
1505. . . .	982.
1506. . . .	984.
1507. . . .	985, 1036, 1049.
1508. . . .	986, 1049, 1240-1241.
1509. . . .	1333-1°.
1510. . . .	1129, s.
1511. . . .	1140.
1512. . . .	1132.
1513. . . .	1142-1143.
1514. . . .	1385, s.
1515. . . .	1302, s.
1516. . . .	1307.
1518. . . .	1308.
1519. . . .	1309.
1520. . . .	1311, 1312.
1521. . . .	1346.
1522. . . .	1312.
1523. . . .	1347.
1524. . . .	1347.
1525, al. 1.	1313, s.
al. 2.	1318, s.
1526. . . .	988, s., 1127.
1527. . . .	795, 1396, s.
1528. . . .	906, 1015.
1530-1531.	1419, s.
1532. . . .	1420.
1533-1534.	1422.
1535. . . .	1424.
1536. . . .	1429, 1441.
1537. . . .	1432.
1538. . . .	1450.
1539. . . .	1461.
1540. . . .	847, s.
1541. . . .	1489, s.
1542. . . .	1486.
1543. . . .	1498, s.
1544. . . .	857, s.
1545. . . .	862.
1546. . . .	856.
1547. . . .	867.
1548. . . .	865.
1549. . . .	1503, s.
1550. . . .	1517.
1551-1552.	1505-2°.
1553, al. 1.	1494, s.
al. 2.	1496-1°.
1554. . . .	1522, s.
1555. . . .	1561.
1556. . . .	1562.
1557. . . .	1545, s.
1558. . . .	1495, 1564, s.
1559, al. 1.	1564-7°, 1572.
al. 2.	1492.
1560-1561.	1538-1543, 1626, 1633-1641.
1562. . . .	1515, 1516.
1563. . . .	1614, s.
1564. . . .	1642, 1652.
1565. . . .	1653, 1654.
1566-1568.	1648, 1649.
1569. . . .	864, 1645.
1570. . . .	1651, 1656.
1571. . . .	1650.
1572. . . .	1655.
1573. . . .	876-877.
1574. . . .	1657.
1575. . . .	1432.
1576. . . .	1660-1664.
1577-1579.	1461, 1661.
1580. . . .	1662.
1581. . . .	1681, s.
1939. . . .	2541.
1973. . . .	2550, s.
2111. . . .	2177, s.
2205. . . .	2327.
2258-1°. . .	2112-2113.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Articles	Nos du volume	Articles	Nos du volume	Articles	Nos du volume
59-6e. . . .	1703.	924.. . . .	2017.	988-989. .	2167.
83-6e. . . .	1527.	942, 943. .	2018.	990.. . . .	2149.
174.. . . .	1179, 1222, 1965.	945, s. . .	2130.	991.. . . .	2144.
303.. . . .	1564-7e.	916-918. .	2695.	995. s. . .	2160.
728.. . . .	1591.	971.. . . .	2360.	996.. . . .	2110.
865-872. .	1174-1178.	975-978. .	2362, s.	997.. . . .	1569.
904.. . . .	2141.	980-981. .	2364.	1004. . . .	1527.
911.. . . .	2355.	985.. . . .	2350.		

CODE DE COMMERCE

Article	N° du volume
69.	1606.

TEXTES DIVERS

(Les textes dont la nature n'est pas indiquée sont jusqu'à 1789 des ordonnances et depuis cette époque des lois.)

Dates	Nature et objet	Numéros
1420.	Ord. de Jean V, duc de Bretagne. Communauté.	1219.
1510. (v. st.). Mars.	Coutume de Paris. Art. 115.	1219.
	Art. 123.	1764.
	Art. 160.	2592.
1539. Août.	Ordonnance de Villers-Cotterets. Art. 133.	2912.
1549. 4 mars.	Décl.). Titres exécutoires.	2065.
1560. Juillet.	(Édit). Secondes noces..	1399, 3237.
1561 (1560 v. st.) Janvier.	Ord. d'Orléans. Art. 59. Substitutions.. .	3271.
1566. Février. . . .	Ord. de Moulins. Art. 57. Substitutions.	3271.
1567. Mai.	Édit des mères..	1786.
1580. Mars.	Coutume de Paris. Art. 80..	2376.
	Art. 220.	896, 974.
	Art. 222.	1129.
	Art. 223-227.	897.
	Art. 225.	1018, 1022.
	Art. 226.	1047.
	Art. 228.	1361.
	Art. 232.	940, 1254, 1261.
	Art. 237.	1219.
	Art. 238.	1302.
	Art. 248.	1866, en note.
	Art. 273.	2592.
	Art. 274.	2610.
	Art. 275.	2612.
	Art. 279.	1399.
	Art. 280 et 282.	3205.
	Art. 295.	897.
	Art. 298.	3055.
	Art. 299.	2728.

Dates	Nature et objet	Numéros
1580. Mars.	Coutume de Paris. Art. 300-307.	2207-2216.
	Art. 305.	2287.
	Art. 312.	1793.
	Art. 313.	1892.
	Art. 316.	1956.
	Art. 318.	1933.
	Art. 320.	1764.
	Art. 326.	1791-2°.
1629. Janvier. . . .	Code Michaud. Art. 126..	2686.
	Art. 132..	2943.
1664. Avril..	(Édit). Suppression de la loi Julia.	1470.
1690. 17 novembre.	Substitutions.	3316.
1712. 18 janvier. . .	(Déclar.). Substitutions.	3316.
1731. Février. . . .	Donations. Art. 1 et 2.	2525.
	Art. 3..	2521.
	Art. 5..	2912.
	Art. 10..	3146.
	Art. 15..	2556, 2602.
	Art. 16..	2605.
	Art. 17..	3190.
	Art. 34..	3109.
	Art. 39-45.	2658.
1735. Août.	Testaments. Art. 3.	2693-2°.
	Art. 19..	2686.
	Art. 47..	2881.
	Art. 49..	2913.
	Art. 77..	3370.
1747. Août.	Substitutions.	3271.
	Art. 27..	3329.
	Art. 34..	3316.
	Art. 42-43.	3327.
1749. Août.	Biens de mainmorte..	2937, 2942.
	Art. 2.	3341, en note.
1791. 8 avril.	Successions..	1775, en note; 1795. 2907.
5-12 septembre.	Conditions illicites..	3029.
1792. 14 novembre.	Substitutions..	3272, 3286.
An II. 5 brumaire..	Donations et testaments.	3029.
12 brumaire..	Enfants naturels.	1822.
17 nivôse. . .	Successions. Art. 12..	3029.
	Art. 13 et 14.	3226, 3226.
	Art. 16..	2208, 3056.
	Art. 23..	2743.
	Art. 26..	3089.
	Art. 62..	1795, 1800.
	Art. 72 et 76.	1798.
	Art. 77..	1775.
	Art. 83..	1800.
	Art. 89..	1804.
9 fructidor. .	Successions..	2743.
An IV. 20 prairial..	Comourants..	1717.
15 thermidor.	Enfants naturels..	1822.
An V. 7 frimaire.. .	Bureaux de bienfaisance.	2999, s.
	Art. 14 et 15.	3107.
An VII. 22 frimaire.	Enregistrement. Art. 27.	2066 *ter*.
	Art. 68, § 3, 1°.	2407.
An VIII. 4 germinal.	Successions..	2208, 3056, 3059.
An XI. 25 ventôse. .	Notariat. Art. 9.	2710.
An XII. 4 thermidor.	(Circ. min.). Actes authentiques..	2708.
An XIII. 15 pluviôse.	Hospices.	1925-2°.
1806. 24 mars. . . .	Rentes sur l'État..	2131.
14 août.	(S. C.). Majorats..	3274.
1808. 11 janvier. . .	(Avis c. d'État). Rentes sur l'État..	2131.
1809. 18 février. . .	(Décr.). Religieuses hospitalières.	2908.
3 novembre.	(Av. c. d'État). Hospices.	1925-1°.
1816. 28 avril. . . .	Droit de mutation. Art. 40.	2476.
	Art. 54 et 61..	3356.
	Art. 91.	917-2°.

Dates	Nature et objet	Numéros
1817. 2 avril. . . .	(Ord.). Dons et legs.	2938, 2998, 3002, en note.
1819. 14 juillet.. . .	Étrangers.	1730, 2930.
1824. 16 juin.. . . .	Partages d'ascendant.	3356.
1825. 24 mai.	Congrégations de femmes..	2922, 2969.
1826. 17 mai.	Substitutions.	3257.
1831. 14 janvier. . .	(Ord.). Dons et legs.	2938-2°.
1832. 13 août.. . . .	(Cir. min.). Successions vacantes.	2039.
1835. 12 mai.. . . .	Substitutions.	3274, 3275.
1838. 30 juin.	Aliénés.	2334.
1841. 3 mai..	Expropriation. Art. 13-14..	1566.
	Art. 58.	1495-4°.
1842. 26 décembre..	(Ord.). Successions vacantes.	2044.
1843. 21 juin.. . . ,	Actes notariés.	807, 2527, 2529, 2571, 3212, 3222.
1849. 7 mai.	Substitutions.	3274, 3275.
1850. 8 juin.. . . .	Mort civile.	1727.
18 juin.. . . .	Retraites pour la vieillesse. Art. 4 et 5.. .	921.
10 juillet.. . .	Contrat de mariage.	810, s., 1054.
1854. 31 mai.	Mort civile.	1727, 2904, s., 2917.
1862. 2 juillet.. . .	Remploi en rentes. Art. 46..	958, 1550.
1866. 14 juillet.. . .	Droits d'auteur..	917-5°, 1869-1°.
1871. 16 septembre.	Remploi en rentes. Art. 29.	958, 1559, 3312.
1873. 25 mars. . . .	Déportés.	1869-2°.
1875. 21 juin.	Droits d'enregistrement..	3356.
1876. 20 novembre.	(L. belge). Conjoint survivant.	1866, en note.
1878. 31 août.. . . .	(Décr.). Transportation..	1869-3°.
1880. 27 février. . .	Valeurs mobilières.	2131, s.
1881. 9 avril.. . . .	Caisses d'épargne. Art. 6.	1044.
1882. 26 janvier. . .	(Circ. préfet Seine). Funérailles..	1705-1°, en note.
1884. 21 mars. . . .	Syndicats professionnels.	2921, 2940.
5 avril.. . . .	Loi municipale. Art. 93..	1705-6°.
	Art. 111.	2942.
1885. 10 juillet.. . .	Hypothèque maritime. Art. 17..	2403.
1886. 12 mai., . . .	(Circ min.). Dons manuels..	2941.
30 octobre. . .	Écoles congréganistes.	3034, en note ; 3044.
1887. 15 novembre.	Funérailles.	1705-4°, s.
1889. 27 avril. . . .	(Décr.). Funérailles.	1705-1°, s.
17 juillet. . . .	Loi de finances. Art. 29.	1705-4°.
1890. 29 mars. . . .	(Décr.). Successions vacantes.	2044.
1891. 9 mars. . . .	Conjoint survivant..	1869-4°.
1893. 6 février. . .	Séparation de corps.	1641.
8 juin.	Capacité de recevoir..	2968.
1894. 30 novembre.	Habitations à bon marché.	2326, 2329, 2363.
1895. 20 juillet . . .	Caisses d'épargne. Art. 16.	1044.
22 octobre. . .	(Circ. Enregistrement).	3335, en note.
1896. 25 mars. . . .	Enfants naturels.	1824, 1831, s., 1843, 1934. 2916.
1897. 6 décembre..	Pétition d'hérédité.	2050.
7 décembre..	Témoins dans les actes.	2709.
1898. 24 mars. . . .	Rapport des legs..	2232. Voy. aussi 1897.
1899. 25 mars. . . .	Testaments.	2723.
1900. 17 février. . .	Réserve des ascendants..	3229.
6 juillet.. . .	(Instruction). Enregistrement.	2393.
1901. 4 février. . .	Personnes fictives.	2938 s.; 2940-4°, et en note
25 février. . .	Droits de mutation. Art. 2 et 3.	2066 *bis*.
	Art. 13.	3107.
	Art. 19.	3005 *bis*.
1er juillet. . .	Associations. Art. 11.	2921.
	Art. 17.	2919, 2989 *bis*.
1902. 25 juin.	Emphytéose. Art. 2.	1566-8°.
12 août.	Notariat.	3 41, 3212 et 3222.
1903. 31 mars. . . .	Loi du budget. Art. 6..	2066 *ter*.
1904. 27 juin.	Enfants assistés. Art. 41.	1925-2°.
1905. 22 avril. . . .	Majorats.	3274.
1906. 12 avril. . . .	Habitations à bon marché.	2329.
1907. 13 juillet.. . .	Gains et salaires de la femme mariée. . . .	
	Art. 1 et 2..	1045, 1423, 1439 *bis*.
	Art. 3.	1142-1143.

Dates	Nature et objet	Numéros
1907. 13 juillet.. . .	Art. 4.	1045.
	Art. 5.	1381-4°.
	Art. 6 à 11.	1045.
1908. 10 avril. . . .	Habitations à bon marché.	2329.
13 avril. . . .	Distributions de secours aux pauvres.. . .	3005-3°.
1909. 12 juillet.. . .	Bien de famille. Art. 18..	2319.
1910. 8 avril. . . .	Droits de mutation.	2066 *bis*.
31 décembre..	Hypothèques.	2403.
1911. 13 juillet.. . .	(L. budgétaire). Art. 44. Remplois en obligations des Chemins de fer de l'État. . .	958.
1916. 31 octobre. . .	Testament des mineurs.	2893.

CHARTRES. — IMPRIMERIE DURAND, RUE FULBERT.

396686

Planiol, Marcel
Traité élémentaire de droit civil.
vol.3.

Law
For
P7124t

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
LOWE-MARTIN CO. LIMITED